

موسوعة الفقه والقضاء

المستشار
محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

في القانون المدني

العقود المدنية الصغيرة

الواد (٥٢٨ ٥٢٩) (٦٢٥ ٦٢٦) (٧٢٨ ٧٢٩) (٧٢٦ ٧٢٧)

المجلد الثامن



٩ ش سامي البارودي - باب الخلق - القاهرة
ت ٣٩٦٠٤٤٣ - ٣٩٥٣٣٠١

موسوعة الفقه والقضاء

المختار

محمد عزمي البكري
رئيس محكمة الاستئناف

القانون المدني

عقد الوديعة • عقد العارية • عقد القرض •
عقد الدخل أو الإيرادات المرتبة الدائمة • عقد
المرتب مدى الحياة • عقد المقامرة • عقد الرهان

المجلد الثامن

المواد (٥٢٨ - ٥٤٨) - (٦٢٥ - ٦٤٥)

(٧١٨ - ٧٢٨) - (٧٢٩ - ٧٤٦)

FRANCIS
2007



أش ساهي للبريد - باب القلعة - القاهرة

٠٠٢-٢٢٣٧٨١١١-٠٠٢-٢٢٣٧٨١١١

بسم الله الرحمن الرحيم

تقديم

يسعدنا أن نقدم للسادة رجال القانون المجلد الثانى
من موسوعة الفقه والقضاء " فى العقود المدنية
الصغيرة " .

وهذا المجلد يتضمن شرح سبعة عقود من العقود

المدنية الصغيرة وهى :

- ١- عقد الوديعة .
- ٢- عقد العارية .
- ٣- عقد القرض .
- ٤- عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المرتبة الدائمة .
- ٥- عقد المرتب مدى الحياة .
- ٦- عقد المقامرة .
- ٧- عقد الرهان .

وقد حرصنا بجانب التعمق في الشرح الفقهي على
إيراد كافة أحكام القضاء المتعلقة بالمسائل محل البحث
لا سيما أحكام محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا
والمحكمة الإدارية العليا.

وأتعنى أن يكون هذا العمل نافعا .
والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته،

المؤلف

المستشار

محمد عزمى البكري

(العقد الأول)

(عقد الوديعة)

موضوع رقم (١)

(التنظيم التشريعي لعقد الوديعة - تعريف عقد الوديعة -

خصائص عقد الوديعة - تمييز عقد الوديعة عما

يشبهه به من العقود الأخرى)

١- التنظيم التشريعي لعقد الوديعة :

أوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى التنظيم التشريعى

لعقد الوديعة تحت عنوان " نظرة عامة " .

وقد جاء بها :

" وضعت الوديعة بين العقود الواردة على العمل ، ورتبت أحكامها

ترتيبا منطقيا ، فعرفت الوديعة ، ثم حددت التزامات الوديع والتزامات
المودع .

وذكرت بعض حالات خاصة تنطبق عليها أحكام الوديعة إلا فى

مسائل معينة تنفرد فيها بأحكام خاصة .

ويختلف المشروع عن التقنين الحالى فى مسائل أهمها ما يأتى :

(١) جعل المشروع الوديعة عقدا رضائيا ، كما فعل بالقرض

والعارية ، وهى فى التقنين الحالى عقد عيى .

(٢) بين المشروع بوضوح التزامات كل من الطرفين .

(٣) فرق المشروع بين ما إذا كانت الوديعة بأجر ، وبين ما إذا كانت

بأجر .

فجعل فى الحالة الأولى معيار العناية المطلوبة من الوديع معيارا شخصيا

إذا كانت عناية العادية بأمواله الشخصية لا تفوق عناية متوسط الناس .

وأما في الحالة الثانية فقد جعل المعيار معيارا موضوعيا ، فهو يفرض على الوديع عناية المتوسط من الناس ولو كانت عنايته الشخصية بأمواله الخاصة دون ذلك المتوسط .

(٤) عرض المشروع لبعض حالات من الوديعة أشار إليها التقنين الحالي إشارة قاصرة ، ففصل المشروع أحكام كل منها ووضع لها ، ما تقتضيه من أحكام خاصة ^(١) .

٢- تعريف عقد الوديعة :

عرف التقنين المدني الوديعة في المادة ٧١٨ منه بأنها : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ الشيء وعلى أن يردده عينا " ^(٢) .

ويسمى من يسلم المال مودعا *déposant* والذي يتسلمه مودعا عنده أو لديه أو مستودعا أو وديعا أو حافظ الوديعة *depositaire* ويسمى المال المودع وديعة *dépôt* وباسمه سمي العقد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٤٠ وما بعدها .

(٢) تعريف عقد الوديعة لغة :

جاء بالمعجم الوجيز (طبعة مجمع اللغة العربية) الطبعة الأولى سنة ١٤٠٠ المحررة (١٩٨٠م) ص ٦٦٢ (وَدَعَ) الشيء - (يَدْعُهُ) ودعا : تركه . (أودَعَ) فلانا الشيء: دفعه إليه ليكون عنده وديعة (استودَعَ) فلانا وديعة : استحفظه إياه .

تعريف عقد الوديعة شرعا :

عقد الوديعة شرعا هو تسليم الغير على حفظ المال صريحا أو دلالة (تكملة ابن عابدين ص ٣٢٨ الطبعة الثانية ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦م) .

ولا يشترط للوديعة ألفاظ خاصة ، لأنه لا توجد في القانون ألفاظ خاصة للتعبير عن العقود بحيث إذا لم تستعمل تلك الألفاظ لا يمكن فهم موضوعها ، بل إن العقود يعرف نوعها من تأويل المراد منها ، فالذى يقول فى العقد " عندى لزيد كذا سندات أسلمهاله عند طلبها منى " يفهم من قوله هذا أن السندات موجودة عنده على سبيل الوديعة ^(١) .

٢- خصائص عقد الوديعة :

يبين من التعريف السابق لعقد الوديعة أن لعقد الوديعة عدة خصائص تخلص فيما يأتى :

أولاً : الوديعة عقد رضائى :

الوديعة عقد رضائى ، وليس عقدا عينيا ، فلم يعتبر التقنين المدنى الجديد الوديعة عقدا عينيا على خلاف التقنين القديم . فلم يعد التسليم شرطاً لازماً لانعقاد العقد . وهو ما كانت تتميز به تلك العقود التى كانت تعرف فى القانون الرومانى باسم العقود "العينية" .

وبذلك تصبح الوديعة من العقود الرضائية التى يكفى لانعقادها مجرد التراضى ، ويتوافق الإرادتين يصبح من التزم بقبول الوديعة ملزماً بتسليمها بحيث يمكن إجباره على التسليم .

(١) محمد كامل مرسى العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثالثة ١٣٦١ هـ - ١٩٤٢م ص ٣٨٤ وما بعدها .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي للتقنين المدني أنه :

" يتضح من هذا التعريف أن الوديعة عقد رضائي، يلتزم الشخص بموجبه أن يتسلم شيئا منقولاً أو عقاراً ليتولى حفظه ثم يرده عيناً، فالعقد يتم قبل تسليم الشيء وهو لا ينقل إلى الوديع إلا الحيازة المادية للشيء"^(١).

ثانياً : الوديعة من عقود التبرع في الأصل :

وشأن الوديعة في ذلك شأن عقد الوكالة .

والوديعة غير المأجورة كالعارية من عقود التفضل لا من الهبات ، والوديعة المأجورة كالوكالة المأجورة ليست من عقود المضاربة .

ولم يذكر المشرع في تعريف الوديعة خاصة المجانية كما فعل التقنين القديم ، إذ كانت المادة ٥٩٠/٤٨٢ تنص على أن يكون التعهد بالحفظ "بدون اشتراط أجره" .

وقد جرى المشرع بذلك تطور المجتمع فقد نشأ إلى جانب الصورة التقليدية للوديعة التي كانت تعتبر مجانية في القانون الروماني ، صورة حديثة هي الوكالة المأجورة بل ونشأت طائفة من الناس اتخذت من الإيداع

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٤٢ وما بعدها - وقد جرى المشرع في رضائية عقد الوديعة تقنين الالتزامات السويسري (١/٤٧٢م) ، وقد ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع تنقيح القانون المدني ، أن نص التقنين المدني الجديد مطابق للمشروع الفرنسي الإيطالي (١/٦٤٦م) والصحيح أن المشروع الفرنسي الإيطالي يحتمر الوديعة عقداً عينياً ، والتقنين الذي يحتمرها عقداً رضائياً هو تقنين الالتزامات السويسري (الدكتور محمد علي عرفه شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة الطبعة الثانية ص ٤٥٠ وما بعدها) .

حرية لها ، وذلك كالمخازن العامة للمفروشات وتخصيص أماكن لإيداع الحقائب في محطات السكك الحديدية ، والملابس في أماكن اللهو كالمسارح ودور السينما والمراقص وغيرها ، والأشياء الثمينة التي يخشى عليها المسافر من الضياع في الفنادق والجراجات العامة للسيارات.

ثالثا: الوديعة عقد ملزم لجانب واحد :

الوديعة كالوكالة في الأصل عقد ملزم لجانب واحد . لأنها لا تلزم إلا الوديع بالمحافظة على الشيء ورده ، أما المودع فلا يكون ملزما بشئ . غير أنه قد يتفق على أنه تكون الوديعة بأجر ، فتكون الوديعة عندئذ عقدا ملزما للجانين . كما يقع أن يترتب في ذمة المودع التزام برد المصروفات أو بالتعويض ، وهذا الالتزام ينشأ من عقد الوديعة ذاته ، ففي هذه الأحوال تكون الوديعة عقدا ملزما للجانين^(١) .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع المجلد الأول ١٩٨٩ ص ٨٨٢ وما بعدها - وقارن محمد كامل مرسى ص ٣٨٧ فيرى أنه إذا اتفق على أن يكون المودع ملزما ببعض التزامات (المصروفات أو التعويض) فإنها لا تغير من طبيعة العقد ، لأنها من جهة لا توجد وقت العقد ، بل تولد بعده والقاعدة أنه ينظر لمعرفة ما إذا كان العقد من عقود المبادلة أو من العقود الملزمة لجانب واحد ، إلى ما يتولد عنها من الالتزامات وقت التعاقد ، ومن جهة أخرى فإن هذه الالتزامات لا تكون مترتبة على نفس العقد بل على سبب آخر .

ويقول بعض الشراح إنها في هذه الحالة تكون من عقود المبادلة الناقصة ، ولكن معظم الشراح لا يعترف بهذا النوع من العقود ، لأن القانون الفرنسي قسم العقود إلى عقود متبادلة وعقود ملزمة لطرف واحد ، ولم يتكلم في عقود المبادلة الناقصة (من هنا رأى محمد على عرفه ص ٤٥٢) .

رابعاً : الغرض الأساس من الوديعة تسليم الشيء المودع لحفظه :

وعلى ذلك إذا لم يتضح هذا الغرض بوضوح عند كل من المتعاقدين لم يكن العقد وديعة ، فلا يعتبر وديعة ترك الشيء عند شخص ولو برضاه إذا لم يثبت صراحة أو دلالة أنه تلقاه بنية حفظه . كالتخادم الذى يترك ملابسه وأدواته فى منزل مخدومه ، والعامل الذى يترك آلاته ومهماتہ فى المكان الذى يياشر فيه عمله ، والزائر الذى يعلق معطفه أو مظلته أو عصاه على حامل المعاطف فى بيت مضيفه أو فى مطعم أو فى مسرح ، والشخص الذى يخلع ملابسه ليحرب ملابس جديدة عند من يحوكها له ، أو محل يتجر فى هذه الملابس . فى كل هذه الحالات وما شابهها لانكون بصدد وديعة ما لم يثبت صراحة أو دلالة أن من تركت لديه هذه الأشياء قد تلقاها بنية المحافظة عليها . ويثبت هذا القصد من مجرد تنظيم مكان خاص لإيداع هذه الأشياء فى المحلات العامة . ويتأكد التعهد بحفظها من تسليم بطاقة لصاحبها عند تسلمها أو من تخصيص شخص للمحافظة عليها . ويلعب العرف دوراً هاماً فى الكشف عن هذا القصد على أى حال (١).

ولايكفى لاعتبار العقد وديعة أن يلتزم الشخص بحفظ الشيء ، فالمستأجر يلتزم بحفظ الشيء المؤجر ، والمستعير يلتزم بحفظ الشيء المعار ، والمقاول يلتزم بحفظ المادة التى قدمها رب العمل ، والوكيل يلتزم بحفظ أموال الموكل التى تقع فى يده . وإنما يجب أن يكون الالتزام بحفظ

الشيء هو الغرض الأساسى من العقد ، فالوديعة غرضها الأساسى هو الحفظ بالذات .

أما الإيجار والعارية فالغرض الأساسى منهما هو الانتفاع بالشيء ، والمقاوله والوكالة غرضهما الأساسى القيام بعمل معين ، فالالتزام بالحفظ فى هذه العقود إنما يدخل تبعا للغرض الأساسى وبصفة غير أصلية .
وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " البنك الذى يقوم بتثبيت اعتماد مصرفى لوفاء لمن صفقة تمت بين تاجرين لا يجوز اعتباره أمينا للطرفين إذ لا توجد وديعة بالمعنى المصطلح عليه قانونا كما لا يصح وصفه بأنه ضامن أو كفيل يتبع التزامه التزام المدين المكفول بل يعتبر التزامه فى هذه الحالة التزاماً مستقلاً عن العقد القائم بين البائع والمشتري فلا يلزم بالوفاء إلا إذا كانت المستندات المقدمة إليه من البائع المفتوح لمصلحته الاعتماد مطابقة تماماً لشروط فتح الاعتماد إلخ " .

(طعن رقم ٤١٤ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٤/٤/١٥)

٢- " إن مصلحة الجمارك إذ تسلم البضائع المستوردة وإذ تستبقيها تحت يدها حتى يوفى المستورد الرسوم المقررة لا تضع اليد على هذه البضائع كمودع لديه متبرع بمخدراته لمصلحة المودع بل تحتفظ بها بناء على الحق المخول لها بالقانون ابتغاء مصلحة خاصة بها وهى وفاء الرسوم المستحقة ، ومن ثم فإنه فى حالة فقد البضائع لا يجوز لها التحدى بأحكام عقد الوديعة وبأن مسئوليتها لا تعلق بمسئولية المودع لديه بلا أجر وذلك لانتفاء قيام هذا العقد الذى لا يقوم إلا إذا كان القصد من

تسليم الشيء أساساً هو المحافظة عليه ورده للمودع عند طلبه ، فإذا كانت المحافظة على الشيء متفرعة عن أصل آخر كما هو الشأن في الرهن الحيازي انتفى القول بوجوب تطبيق أحكام الوديعة " .

(طعن رقم ٤٨ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٥٥/١٢/٨)

خامساً : الوديعة يتقلب فيها الاعتبار الشخصي :

وهذا الاعتبار أبرز في شخص الوديع منه في شخص المودع ، فعقد الوديعة من عقود الأمانة والثقة ، بل هو قمة هذه العقود وعلى رأسها جميعاً . فالمودع يبحث دائماً عن شخصية من يودع عنده ماله فيتحرى فيه صفات الأمانة والصدق والثقة .

ويترتب على توافر الاعتبار الشخصي في الوديعة ، أن الوديعة تنتهي بموت المودع عنده ، وأن المودع عنده ليس له أن يحل شخصاً آخر محله في حفظ الوديعة ، دون إذن صريح من المودع ، أو كان مضطراً إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة (م ٧٢١ مدق)^(١) .

سادساً : الوديعة عقد غير لازم من جانب المودع :

فلمودع طلب رد الشيء المودع في أى وقت ولو قبل انقضاء الأجل ، ما لم يكن الأجل في مصلحة المودع عنده .

(١) الدكتور محي الدين علم الدين العقود المدنية الصغيرة في القانون المدني والشرعة الإسلامية والقوانين العربية الطبعة الثانية ص ١٣٦ وما بعدها .

٤. تمييز عقد الوديعة عما يشته به من العقود الأخرى .

(أ) - الوديعة والبيع :

قد تشبه الوديعة والبيع فيما يسمى بعقد المحاسبة . كأن يودع تاجر الجملة مجوهرات أو كتب أو بضائع عند تاجر التحزئة ليبيعه ، على أن يرد له ثمنها بسعر معين إذا باعها أو يردها هي بذاتها إذا لم يتمكن من بيعها . فإذا بيعت جاز اعتبار العقد وكالة مأجورة ، أو جاز اعتباره بيعا من تاجر الجملة إلى تاجر التحزئة بالسعر المعين وهو بيع معلق على شرط واقف هو أن يتمكن تاجر التحزئة من بيع البضاعة بالثمن الذى يحدده والفرق بين هذا الثمن والسعر المبين هو مكسب تاجر التحزئة . وتكيف العقد يتوقف على نية المتعاقدين ، التى تكشف عنها ظروف الدعوى . أما إذا لم يقم تاجر التحزئة ببيع البضاعة وردها بعينها إلى صاحبها ، جاز اعتبار العقد وديعة ، وتكون وديعة معلقة على شرح فاسخ هو البيع^(١).

غير أنه إذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية فى المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إذا اشترط فى عقد البيع أن الملكية تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري فى فترة التجربة إنما يكون على سبيل

(١) السهورى ص ٨٨٦ .

الوديعة . فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥)^(١)

(ب) - الوديعة والإيجار :

إذا استأجر شخص مكانا ليضع فيه شيئا لحفظه ، فإنه لا شبهة في اعتبار العقد إيجارا إذا كان المستأجر هو الذى يتولى بنفسه المحافظة على الأشياء الموضوعة فى المكان المؤجر . ولا يغير من هذا الوضع تسليم المفاتيح للمؤجر فى حالة غياب المستأجر .

ويتحقق هذا الفرض عملا بالنسبة لوضع المفروشات فى المنازل المؤجرة أو السيارات فى (جراج) خاص .

إنما يشكل الأمر إذا اضطلع المؤجر فى نفس الوقت بالمحافظة على الشئ الموجود بالمكان المؤجر . ويتحقق هذا الفرض فى العمل بصفة خاصة

(١) وقد قضت محكمة التقضى (البائرة الجنائية) بأن :

الشرط الأساسى فى عقد الوديعة كما هو معروف به فى القانون المدنى هو أن يلتزم المودع لديه برد الوديعة بعينها للمودع . وإذن فمق كان الثابت فى الحكم أن المتهم والمجنى عليه اتفقا على أن يتبادلا ساعتيهما وأن تسلم أولهما ساعة الثانى كان تنفيذنا لهذا الاتفاق فإن التسليم على هذه الصورة يكون مبنياً على عقد معاوضة ، وهو ليس من العقود المنصوص عليها على سبيل الحصر فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات ، ويكون الحكم إذ كان المتهم بجرمة التلبيد قد عالج القانون " .

(طعن رقم ٢٤١٣ لسنة ٢٤ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٤)

بالنسبة لإيجار الخزان الحديدية في البنوك . وقد حسم قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ما ثار من خلاف في تكييف هذا العقد واعتبرته المادة ٣١٦ إيجارا إذ نصت على أن : " تأجير الخزائن عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل أجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة ^(١) .

وقد قضى بأن إيداع سيارة بجراج عمومي لحفظها لقاء جعل معين لا يعدو أن يكون عقدا من عقود الوديعة بأجر تنحسر عنه أحكام عقد الإيجار .

إذ قضت محكمة النقض بأن:

١- " عقد الإيجار وفقا لنص المادة ٥٥٨ من القانون المدني هو عقد يلتزم الموجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم وهو بهذا الوصف يختلف عن عقد الوديعة الذي بمقتضاه يلتزم المودع لديه بالمحافظة على الشئ المودع لديه فالغرض الأساسي من عقد الإيجار هو الانتفاع بالشئ . ومن ثم فإن إيداع سيارة بجراج عمومي لحفظها لقاء جعل معين لا يعدو أن يكون عقدا من عقود الوديعة بأجر تنحسر عنه أحكام عقد الإيجار ولا يرتب ثمة حق انتفاع على جزء محدد من الجراج " .

(طعن رقم ١٦٨١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٧/٣/١٩)

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في قانون التجارة الجديد المجلد الثاني

٢- " إذ كان الثابت أن الحكم المطعون فيه قد خلص إلى أن الطاعن كان يضع سيارته بالجراج العمومي الذي يستغله المطعون ضده مقابل جعل شهرى كأى صاحب سيارة يترك سيارته لدى جراج عمومي مما موداه أن العلاقة بينهما هي مجرد عقد ودیعة بأجر يلتزم فيه المطعون ضده بحفظ سيارة الطاعن بالجراج الذي يقوم باستغلاله وينحسر عنها وصف العلاقة الايجارية ولا تخضع سواء من حيث انعقادها أو إثباتها للقواعد التي تحكم عقد الايجار ويكون النعى على الحكم المطعون فيه بمخالفته نص المادة ٢٤ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فيما تضمنته من وسيلة إثبات العلاقة الإيجارية غير قائم على أسس قانونی سليم " .

(طعن رقم ٦١٨١ لسنة ٦٢ في جلسة ١٩٩٧/٣/١٩)

(ج) - الودیعة وعارية الاستعمال :

تشابه الودیعة وعارية الاستعمال في أن كلا من المودع عنده والمستعير يتسلم شيئا للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد . إلا أنهما يختلفان في أن تسليم الشيء في العارية يكون بقصد منفعة للمستعير وهو استعمال الشيء ، فالفرض الأساسي من العارية هو استعمال الشيء لا حفظه كالودیعة .

(د) - الودیعة والمقاوله :

تشبه الودیعة المأجورة بالمقاوله إذ المودع عنده يقوم بعمل مصلحة الغير هو حفظ الشيء لقاء أجر معلوم فهو مأجور في عمله كالمقاول والعامل ، ولكن المودع عنده ليس مضاربا ولا يبغي الكسب من وراء

الأجر ، إلا أن هناك من الودائع المأجورة ما يقرب من المقابلة إلى حد بعيد ، كعقود الحفظ المهنية إذ يتخذ الشخص الوديعة المأجورة حرفة له فيكون في هذه الحالة مضاربا يعنى الكسب .

موضوع رقم (٢)

(أركان عقد الوديعة)

١- تعداد :

أركان عقد الوديعة - كأركان سائر العقود الأخرى - ثلاثة :
التراضى والمحل والسبب . ونعرض لهذه الأركان فيما يلي .

أولاً : التراضى في عقد الوديعة

٦- توافق الإيجاب والقبول :

الوديعة عقد رضائي فيكفي لانعقادها توافق الإيجاب والقبول من
المودع والمودع لديه .

وقد ذكرنا سلفاً أن الوديعة ليست عقداً عينياً ومن ثم فليس التسليم
ركناً فيها ، فلا يشترط لانعقاد الوديعة حصول التسليم .

وليس في التراضى في عقد الوديعة ما يخالف القواعد العامة ، والتي
عرضنا لها في العقود التي تناولناها في المجلد الأول . وترتيباً على ذلك إذا
كان الموجب قد أصدر الإيجاب قاصداً إيداع الشيء قبله الآخر على أنه
هبة ، لم ينعقد عقد الوديعة ولا عقد الهبة ، لأن التوافق بين الإيجاب
والقبول لم يتم .

كذلك لو أعطى الموجب شيئاً لآخر وقصد أن يكون هبة ، وقبل
الآخر على أنه وديعة لم ينعقد العقد لا على أساس أنه هبة أو وديعة .

٧- من يملك حق الإيداع ؟

لمالك الشئ حق إيداعه ، وهذا هو الغالب .
كما يجوز إيداعه من نائبه ، سواء كان نائبا قانونيا كالولي أو الوصى أو القيم ، أركان نائبا اتفاقيا وهو الوكيل .
وجوز الإيداع أيضا لمن له حق التصرف في الانتفاع بالشئ ، كالمستأجر والمستأجر والمرتهن رهنا حيازيا .
ولكل من هؤلاء إيداع الشئ عند شخص آخر ، ولو كان الوديع هو المالك نفسه .

وعلى العكس من ذلك لا يجوز لمن لا يملك حق التصرف في الانتفاع أن يودع الشئ ، فلا يجوز للوديع أن يودع الشئ عند شخص آخر (إيداع من الباطن) إلا بإذن صريح من المودع أو عند وجود ضرورة عاجلة (٧٢١م مدق) .

وإذا أودع الشئ من لا يملكه أو يملك التصرف في الانتفاع به ، فإن الوديعة تكون صحيحة بين المودع والوديع ، ولكنها لا تسرى في حق المالك ، كما لو أودع السارق الشئ المسروق لدى آخر . ومن ثم يجوز للمالك استرداد الشئ المودع بموجب أمر أو حكم قضائي^(١) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٩١ .

ثانياً : المحل والسبب في عقد الوديعة

٨. المحل في عقد الوديعة :

المحل الأصلي في عقد الوديعة هو الشيء المودع لأنه لا تتصور الوديعة بدونها . وإذا اشترط أجر للوكالة أصبح الأجر محلاً آخر لها . وهو محل عرضي قد يوجد وقد لا يوجد .

ويجب أن تتوافر في الشيء المودع شروط المحل العامة والتي عرضنا لها في المجلد الأول ، وهي أن يكون موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، وأن يكون مشروعاً أي لا يخالف النظام العام أو الآداب ، وبالبناء على ذلك إذا كان الشيء المودع مهرباً أو كان من المخدرات أو الأسلحة غير المرخصة أو من الكتب أو الصور المتنوعة لم يجوز إيداعه .

٩. الأشياء التي يجوز إيداعها :

تنص المادة ٧١٨ مدق على أن : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن " فحاء لفظ " شيئاً " عاماً ، والتالي فإنه يشمل المنقول والعقار على السواء .

ولئن كان الغالب أن يكون الشيء المودع منقولاً ، باعتباره أحوج إلى الحفظ من العقار ، إلا أنه لا شيء يمنع من أن يودع العقار ، فيعهد شخص إلى آخر بحراسة منزله مدة سفره . وليست الحراسة الاتفاقية أو القضائية إلا ضرباً من ضروب الوديعة يجوز أن يكون الشيء المودع فيها عقاراً كما هو الغالب^(١).

(١) السهوري ٩٠٣ - وعكس ذلك محمد على عرفه ص ٤٦١ - فيذهب إلى أنه من الطبيعي أن يكون محل الوديعة منقولاً مادياً ، لأن المنقولات المادية هي -

وكانت المادة ٤٨٢ / ٥٩٠ من القانون المدنى القديم تقصر الوديعة على المنقول . غير أنه فى حالة الحراسة القضائية ، التى هى نوع من أنواع الوديعة قد نص القانون المختلط على أنه يجوز أن يكون المودع عقارا (م ٦٠١ مختلط) ، بينما لم ينص القانون الأهلى صراحة على هذا الحكم ، ولكن جاءت عبارة المادة ٤٩١ المقابلة للمادة ٦٠١ المختلطة عامة ، فتشمل العقار والمنقول وقد جرى العمل والأحكام على ذلك ^(١).

ويصح أن ترد الوديعة على عقار بالتخصيص ، لأن هذه العقارات منقولات بطبيعتها ، ولا تعتبر أموالا ثابتة إلا لكونها رسدا على خدمة عقار أو استغلاله (م ٢/٢٨ مدنى) ، وفيما عدا ذلك تحتفظ بطبيعتها فليس ثمة ما يحول دون إيداعها رغبة فى المحافظة عليها ^(٢).

= وحدها التى يتصور حفظها خشية التلف أو السرقة أو الضياع. أما العقارات ففى ثباتها والتصاقها بالأرض ما يكفل عدم العبث بها . ويستطرد أنه يحدث كثيرا أن يودع شخص مفاتيح منزله عند صديق له لسبب السفر. فلا يكون المنزل محلا للوديعة فى هذه الأحوال . إنما يكون عملها للمفاتيح نفسها وكذلك المفروشات والطيور والحيوانات الأليفة الموجودة بالمنزل . وذلك بشرط أن يكون الوديع قد تلقى للمفاتيح بقصد المحافظة على ما بداخل المنزل، وإلا انحصر التزامه فى حفظ المفاتيح فحسب . وهى مسألة متروكة لقاضى الموضوع يستتبعها من ظروف الإيداع وملاساته .

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٩٠ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٦١ .

والإيداع يرد على كافة المنقولات ، كالسيارات والبضائع والملابس والمجوهرات والكتب والصحف والمجلات .

كما يرد على المنقولات القابلة للاستهلاك والأشياء المثلية، وفي هذه الحالة يجب أن ترد هذه المنقولات بعينها ، إذ لا يجوز في الأصل للمودع عنده أن يستعمل الشيء المودع.

أما إذا كان الشيء المودع نقودا أو أشياء أخرى قابلة للاستهلاك وأذن للمودع عنده في استعماله ، فإنه لا يرده بالذات وإنما يرد مثله ، وهذه هي الوديعة الناقصة والتي تعتبر قرضا ، كما سنرى (٧٢٦ م مدني).

والوديعة لا تكون إلا في المنقولات المادية ، فلا ترد على الحقوق المغنوية. فالحقوق المعنوية كحق الدائنة لا يتصور إيداعه ، ولكن إذا تجسد هذا الحق في صورة مادية ، جاز إيداعه ، فيجوز إيداع الأوراق التجارية والأسهم والسندات وما إليها .

١٠- السبب في عقد الوديعة :

السبب في عقد الوديعة طبقا للنظرية الحديثة - كما رأينا في المجلد الأول بالنسبة للعقود التي تناولناها فيه - هو الباعث الدافع إلى التعاقد . وقد كانت النظرية التقليدية للسبب تجعل السبب في الوديعة هو التسليم، وكانت الوديعة عقدا عينيا بحسب هذه النظرية .

فإذا كان الباعث الدافع إلى الوديعة غير مشروع ، كانت الوديعة بحسب النظرية الحديثة باطلة . مثل ذلك أن يودع شخص عند آخر سلاحا لإخفائه بقصد ارتكاب جريمة ، أو يخفي عنده أشياء مسروقة^(١).

(١) السنهوري ص ٩٠٤ .

إثبات عقد الوديعة :

١١- أولا : فيما بين المتعاقدين :

(أ) - إذا كانت الوديعة عقدا مدنيا :

إذا كانت الوديعة عقدا مدنيا - وهذا هو الأصل - فإنه تطبق القواعد العامة في الإثبات .

فإذا كانت قيمة الوديعة لا تزيد على خمسمائة جنيه ، فيحوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك .

أما إذا زادت قيمة الوديعة على خمسمائة جنيه ، فلا يجوز إثباتها إلا بالكتابة ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك (م ١/٦٠ من قانون الإثبات) .

ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة (م ١/٦٢ من قانون الإثبات) ، أو إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . أو إذا فقد اللائن سند الكتابي بسبب أجنبي لا يدلّه فيه (م ٦٣ من قانون الإثبات) .

وقد يستفاد المانع مما جرى به العرف أو من صلة القرابة القائمة بين الطرفين وكما يستفاد من الغش^(١) ، لأن ذلك يتدرج تحت ما يتعذر الحصول فيه على دليل كتابي ، أو من ظروف أخرى يرى القاضى أن من

(١) نقض جسنائى ٧ مارس ١٩٢٩ مشار إليه بمولف محمد على عرفه ص ٤٥٧

شأنها أن تحول دون الحصول على كتابة ، كإصابة الوديع بشلل نصفي^(١).

(ب) - إذا كانت الوديعة عقدا تجاريا :

تكون الوديعة عقدا تجاريا بالنسبة للطرفين ، إذا أودع تاجر بضائعه في مخزن عام ، فيكون العقد تجاريا بالنسبة للمودع والوديعة ، وقد تكون الوديعة مدنية بالنسبة للمودع وتجاريا بالنسبة للوديعة ، كما إذا أودع شخص سيارته في جراج عمومي . وفي هذه الحالة تتبع وسائل الإثبات التجارية بالنسبة للطرف الذي يعتبر العقد تجاريا بالنسبة له ، كالطرفين في المثال الأول وكصاحب الجراج في المثال الثاني . ويجوز في هذه الحالة إثبات الوديعة بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ما لم يتفق على غير ذلك .

أما بالنسبة للطرف الذي يعتبر الوديعة عقدا مدنيا بالنسبة له فتتبع قبله قواعد الإثبات في المواد المدنية التي ذكرناه فيما سلف .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه إذا كان التصرف حاصلا بين شخصين وكان بالنسبة لأحدهما مدنيا وبالنسبة للآخر تجاريا فإن قواعد الإثبات في المواد المدنية هي التي تتبع على من كان التصرف مدنيا بالنسبة

(١) تقضى جنائي ٦ يونية ١٩٢٨ مشار إليه بمؤلف محمد على عرفه ص ٤٥٧

إليه وتسرى قواعد الإثبات في المواد التجارية على من كان التصرف تجاريا بالنسبة إليه " .

(طعن رقم ٢٣٩٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٦/٥/١٩٩٠)

(ذات المبدأ طعن رقم ٩٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ٢٢/١٢/١٩٨٢)^(١)

غير أنه يستثنى من هذه القواعد الودیعة الاضطرارية كما سنرى في موضعه من الكتاب .

١٢- هل تسرى قواعد الإثبات السابقة في المسائل الجنائية ؟

تسرى قواعد إثبات عقد الودیعة سالفة الذكر سواء في المسائل المدنية أو المسائل الجنائية ، فإذا رفعت الدعوى الجنائية ضد شخص لتبديده الشيء المودع ، تعین إثبات عقد الودیعة طبقاً لهذه القواعد .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إذا كان عقد الائتمان الذى تفرعت عنه واقعة الاختلاس أو التبديد غير ثابت مبدئياً ، فلا يجوز بطبيعة الحال إثباته أمام المحكمة الجنائية إلا بنفس الطريقة التى يجوز إثباته بها أمام المحكمة المدنية . لأن واقعة الائتمان هى فى ذاتها واقعة مدنية صرف فضلاً عن أنها واقعة الاختلاس أو التبديد بل وسابقة عليها فى الترتيب " .

(طعن رقم ٦٨٩ لسنة ٦ ق جلسة ١٦/٣/١٩٣٦)

(١) للمزيد راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد المجلد الأول ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ٦٠ وما بعدها .

٢- " إن المحكمة الجنائية فيما يتعلق بإثبات العقود المذكورة في المادة ٣٤١ من قانون العقوبات الخاصة بخيانة الأمانة تكون مقيدة بأحكام القانون المدنى " .

(طعن رقم ١٠٥٢ لسنة ١٥ ق جلسة ١٩٤٥/٦/٤)

٣- متى كان الين من مساق الحكم المطعون فيه أنه بعد أن بين أن إثبات عقود الائتمان المنصوص عليها في المادة ٣٤١ من قانون العقوبات يخضع لقواعد الإثبات العامة المنصوص عليها في القانون المدنى التى تشترط في خصوصية الدعوى الدليل الكتابى عرض إلى اعتصام الطاعنة بالمانعين المادى والأدبى فناقش أقوال شهود واقعة تسليم النقود المدعى بتبديدها وهو أمر لازم للفصل في قيام الوديعة الاضطرارية وهى من الموانع المادية التى يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ثم أبدى الحكم عدم اطمئنانه إلى أقوال هؤلاء الشهود في شأن ما ذكروه عن ظروف وملابسات هذه الواقعة وتصدى لتلك الظروف وهذه الملابسات بافتراض صحتها ونفى أنها تؤدى إلى الاضطراب الذى كان من شأنه أن يحول دون الحصول على دليل كتابى ثم انتهى إلى عدم قيام أى من المانعين المادى والأدبى بأسباب سائقة في حدود سلطة المحكمة التقديرية، وإذ كان النهج الذى سلكه الحكم المطعون فيه فيما تقدم لا تناقض فيه فإن ما تنعاه الطاعنة عليه من دعوى التناقض في التسييب لا يكون له عمل " .

(طعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٠/٢/٢٢)

غير أن المحكمة تكون في حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة لأن القانون لا يقيد بها تلك القواعد إلا عند الإدانة في خصوص إثبات عقد الأمانة .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- "إن المحكمة في جريمة خيانة الأمانة في حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة لأن القانون لا يقيد بها تلك القواعد إلا عند الإدانة في خصوص إثبات عقد الأمانة " .

(طعن رقم ٥٨٢ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٩)

٢- "من المقرر أن المحكمة في جريمة خيانة الأمانة في حل من التقيد بقواعد الإثبات المدنية عند القضاء بالبراءة لأن القانون لا يقيد بها تلك القواعد إلا عند الإدانة في خصوص إثبات عقد الأمانة " .

(طعن رقم ٢١٥٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨١/١٢/٢٠)

١٣- ثانيا : بالنسبة للغير :

لا تتبع القواعد العامة في الإثبات ، بصدد إثبات الودعة بالنسبة للغير ، وهو الذى لم يكن طرفا فيها ، ويثور ذلك غالبا إذا تعدى الغير على الودعة حال وجودها لدى المودع عنه إذ تكون المسألة واقعة مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات القانونية ، لأن المودع عنه يثبت بمجرد واقعة التعدى .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الدعوى المرفوعة على سيد وخدامه يطلب الحكم عليهما متضامنين بأن يدفعوا إلى المدعية مبلغا تعويضا لها عن عبث الخادم بحلى كانت في

علبة استودعتها السيد هي دعوى متضمنه في الواقع دعويين : الأولى أساسها الجريمة المنسوبة إلى الخادم وفيها يدور الإثبات بينه وبين المدعية على وقوع الجريمة ، وإثبات الجريمة جائر قانونا بأى طريق من طرق الإثبات ، فهي دعوى غير متوقفة على عقد الوديعة ولا لها بالوديعة إلا صلة عرضية من ناحية أن الجواهر التي وقعت عليها الجريمة كانت وديعة، وهذا ليس من شأنه أن يغير من حقيقة الدعوى ولا من طريق الإثبات فيها . والثانية موجهة إلى السيد ، وأساسها أن الخادم الموجهة إليه الدعوى الأولى قد ارتكب الجريمة في حالة تأدية وظيفته عنده ، وهذه ليس مطلوباً فيها إثبات عقد الوديعة على السيد . ومن ثم يجوز إثبات محتويات العلبة بالبينة والقرائن " .

(طعن رقم ٧١ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٤٧/٥/١)

موضوع رقم (٣)

(شروط صحة عقد الوديعة)
(الأهلية وعيوب الرضا)
(أولاً : الأهلية في عقد الوديعة)

١٤- (أ) أهلية المودع :

بما أن المودع لا يلتزم بحسب الأصل بمقتضى الوديعة ، فإنه يكفي توافر أهلية الإدارة في المودع.

ومن ثم يكون للصبي المميز والمحجور عليه المأذون لهما في الإدارة أهلية الإيداع .

أما بالنسبة للصبي والمحجور عليه غير المأذون لهما في الإدارة فلا تثبت لهما أهلية الإيداع . ويجوز للولي أو الوصي أو القيم القيام بهذا الإيداع باعتباره من أعمال الإدارة^(١).

أما في الوديعة الناقصة فتنتقل ملكية الشيء إلى المودع عنده ، من ثم يجب أن تتوافر في المودع أهلية التصرف ، كما سنرى .

أما إن كانت الوديعة مأجورة - فالراجح - وجوب أن يكون المودع كامل الأهلية لأن العقد يصبح في هذه الحالة ملازماً للحائنين ، فيتعين أن يكون كلاهما أهلاً لأن يلتزم إلا أن يكون الوفاء الأجر المشروط من قبيل

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٥٩ - السنهوري ص ٨٩٨ وعنده أنه يكفي توافر هذه الأهلية حتى لو كانت الوديعة بأجر كما سنرى .

التصرف في الدخل فيكتفى إذن بأهلية الإدارة ، وذلك كإيداع سيارة في جراج عام مثلا مقابل أجرة شهرية ^(١) .

وإذا لم تتوافر في المودع الأهلية اللازمة ، كان العقد قابلا للإبطال ، وجاز لوليه أو لناقص الأهلية عند بلوغه سن الرشد ، أن يطلب إبطال الوديعة .

ورغم أن الوديعة عقد غير لازم ، ويجوز للمودع استرداد الشيء المودع في أى وقت ، إلا أنه تكون له مصلحة في إبطال العقد ، إذا أراد التخلص من أجر المودع - إذا كانت الوديعة بأجر - ومن رد ما أنفقه من مصروفات ، أو تعويضه عما لحقه من خسارة ، لأنه بعد الإبطال لا يكون مسئولاً إلا بمقدار ما انتفع طبقاً لقواعد الإثراء بلا سبب .

١٥- (ب) أهلية الوديع :

يلتزم الوديع بحفظ الوديعة وردها عند طلب المودع ، ويسأل عن نقصيره في هذا الصدد ، فيلزم لذلك أن يكون الوديع أهلاً لأن يلتزم بهذه الالتزامات ، فيشترط إذن أن يكون الوديع كامل الأهلية وإلا سقطت عنه الالتزامات التي يربتها عقد الوديعة ^(٢) .

فإذا كان الوديع ناقص الأهلية ، بأن كان قاصراً أو محجوراً عليه ، فإن عقد الوديعة يكون قابلاً للإبطال ، ويجوز لناقص الأهلية بعد بلوغه سن

(١) محمد علي عرفه ص ٤٥٩ - محمد كامل مرسى ص ٣٨٨ - وعكس ذلك السنهوري ص ٨٩٨ فيكتفى بأهلية الإدارة حتى لو كانت الوديعة بأجر .

(٢) السنهوري ص ٨٩٩ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٣٨٨ - محمد علي عرفه ص ٤٥٨ .

الرشد أو وليه قبل ذلك أن يطلب إبطال الوديعة ولا يرجع عليه المودع إلا بمقدار ما انتفع طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب .

ولكن القضاء بإبطال العقد لا يعفى المودع عنده إذا كان مميزا من رد الشئ إذا كان باقيا في حيازته ، وأقيمت الدعوى من المودع باسترداده . لأن امتناعه عن الرد يعتبر غصبا ، ونقص الأهلية وإن كان يعفى من المسؤولية العقدية ، فإنه لا يعفى من المسؤولية عن الجرائم وأشباهاها وتطبيقا لذلك يجوز مطالبة ناقص الأهلية بالتعويض عن الضرر المترتب على تبديده الوديعة غشا منه وتدليسا وإضرارا بحقوق المودع .

أما إذا استهلك الوديع الشئ المودع أو تصرف فيه عن رعونة وطيش فإنه لا تصح مطالبته إلا برد ما أفاد من ذلك ، وفي حدود هذه الفائدة . وذلك بدعوى الإثراء على حساب الغير ^(١) .

أما إذا كان المودع عنده ناقص الأهلية فإنه لا يكون ملزما برد الوديعة إلا بالحالة التي تكون عليها وقت الرد ، فلا يسأل عن تلفها أو ضياعها الناشئ عن إهماله ^(٢) .

أما إذا لم يتمسك ناقص الأهلية بالبطلان المقرر لمصلحته وفضل إبقاء الوديعة ، فإنه يصبح بذلك مطالبا بسائر الالتزامات التي تترتب على العقد، إذ لا يسوغ له أن يتمسك بالعقد لمجرد الإفادة منه دون الالتزام

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٩ - محمد كامل مرسى ص ٣٨٩ - السنهوري ص ٩٠٠ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٨٩ .

مقتضاه . فإذا لم يتقرر إبطال العقد فإنه يبقى متتعا لسائر الالتزامات التي تترتب عليه ^(١).

١٥ مكررا- عيوب الرضاء فى عقد الوديعه :

ثم ينص الشارع على أحكام خاصة لعيوب الرضاء فى عقد الوديعه ، ومن ثم تسرى القواعد العامة المقررة لعيوب الإرادة .

غير أنه يجب ملاحظة أن الوديعه يدخل فيها الاعتبار الشخصى ، ومن ثم يغلب أن تكون شخصية كل من المودع والوديع ملحوظة فى العقد وإذا كانت شخصية المودع تكون ملحوظة فى الغالب إلا أن شخصية الوديع ملحوظة دائما . وبالتالي تبطل الوديعه للغلط فى شخص المودع أو للغلط فى شخص الوديع .

والإكراه وإن كان من عيوب الإرادة ، إلا أن الوديعه الاضطرابية تكون صحيحة دائما . لأن إرادة المودع دائما كانت تقع تحت ضغط فى هذه الوديعه ، إلا أن هذا الضغط لا يصل إلى حد الإكراه .

(١) محمد على عرفه ص ٤٥٨ .

الالتزامات الناشئة عن عقد الوديعة

موضوع رقم (٤)

(الالتزامات الوديع)

١٦. تعداد :

رأينا أن المادة ٧١٨ مدق تنص على أن : " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر ، على أن يتولى حفظ هذا الشيء، وعلى أن يردده عينا " .

وبين من هذه المادة أن التزامات الوديع ثلاثة هي :

١- تسليم الشيء المودع .

٢- حفظ الشيء المودع .

٣- رد الشيء المودع .

ونعرض لهذه الالتزامات بالتفصيل فيما يلي :

(الالتزام الأول)

(تسليم الشيء المودع)

١٧. النص القانوني :

الفقرة الأولى من المادة (٧١٩) مدق :

" على المودع عنده أن يتسلم الوديعة " .

١٨. مضمون الالتزام :

أوجبت الفقرة الأولى من المادة ٧١٩ مدق على المودع عنده أن يتسلم الوديعة.

فالتسليم - كما ذكرنا سلفا - ليس ركنا في عقد الوديعة ، ولذلك فإن الوديعة عقد شخصي وليس عقدا عينيا ، فالعقد يصح دون تسليم الوديعة ، ويكون تسليم الوديعة مجرد التزام ناشئ عن عقد الوديعة .

والتسليم نوعان :

١- تسليم حقيقي :

ويتحقق باستيلاء الوديع على الشيء المودع استيلاء ماديا ، بعد أن يضع المودع الشيء تحت تصرفه في الزمان والمكان المعينين . ويتبع في طريقة التسليم ووقته ومكانه القواعد التي تسرى في تسليم المشتري العين المباعة وفي تسليم المستأجر العين المؤجرة ، وفي تسليم المستعير للعين المعارة ، وفي التسليم بوجه عام في كل عقد ينشئ هذا الالتزام في ذمة أحد المتعاقدين . ويجب أن يكون التسليم لا غموض فيه ، فمن دفع بشئ إلى أهل بيته لحفظه لا يكون مودعاه ، بل لا تزال يده على الشيء في بيته ، ولم يخرج الشيء عن حيازته ^(١) .

٢- تسليم حكيمى أو اعتبارى :

يتحقق هذا التسليم الحكيمى أو الاعتبارى بأن يكون الشيء في يد شخص بصفته مستأجرا أو مستعيرا ، ثم يتفق المتعاقدان على أن يبقى تحت يد نفس الشخص باعتباره وديعا . فمجرد تغير صفة واضع اليد على هذا النحو يكفى للقول بتوافر ركن التسليم .

(١) السنهورى ص ٩٠٧ وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص ١٤٤ .

ومثال ذلك أن يعبر شخص شخصا آخر سيارته لاستعمالها في بعض شئونه ، ثم يتفق معه عند انتهاء مدة الإعارة على أن يحفظها وديعة حتى يعود من سفر عزم عليه .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " لا يشترط في الوديعة أن يكون التسليم حقيقياً بل يكفي التسليم الاعتباري إذا كان المودع لديه حائزاً للشئ من قبل . فإذا كان الظاهر مما أثبتته الحكم أن بيع المنقولات محل الدعوى قد تم وتعين المبيع وانتقلت ملكيته إلى المشتري ولكنه بقي في حيازة البائع على سبيل الوديعة لإتمام بعض الأعمال فيه ، فإنه إذا ما تصرف البائع فيه بطريق الغش كان مستحقاً للعقاب " .

(طعن رقم ١٢ سنة ٢٠ ق جلسة ١٤/٣/١٩٥٠)

٢- " لا يلزم في الوديعة أن يكون التسليم حقيقياً بل يكفي التسليم الاعتباري إذا كان المودع لديه حائزاً للشئ من قبل . ولما كان ما أثبتته الحكم من أن المجنى عليها تستحق في ذمة الطاعن كمية من الحديد لا يؤدي بذاته إلى مساءلته عن جريمة خيانة الأمانة بل يتعين أن يثبت أن بيع الحديد المذكور قد تم وتعين المبيع وانتقلت ملكيته إلى المجنى عليها ولكنه بقي في حيازة البائع - الطاعن - على سبيل الوديعة لحين استلامها له ، الأمر الذي أغفل الحكم المطعون فيه استظهاره . ومن ثم يكون معيباً بالقصور الذي يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها في الحكم مما يتعين معه نقضه والإحالة " .

(طعن رقم ١٨١٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١١/١٢/١٩٦٧)

٣- " لا يلزم في الوديعة أن يكون التسليم حقيقيا بل يكفي التسليم الاعتباري إذا كان المودع لديه حائزا للشيء من قبل ، وإذا كان ذلك وكان ما استخلصته المحكمة على نحو ما سلف بيانه من أن العلاقة القائمة بين الطاعن والمجنى عليها يحكمها عقد الوديعة هو استخلاص سائق ويلتزم مع حقيقة الواقع في الدعوى فإن قضاءها بإدانة الطاعن عن جريمة التهديد يكون صحيحا في القانون " .

(طعن رقم ٦٢٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٦/١١/١)

١٩- جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم :

· يترتب على عقد الوديعة التزام شخصي قبل الوديع بأن يتسلم الوديعة، ومن ثم يمكن إجبار الوديع على تنفيذ هذا الالتزام عينا طبقا للقواعد العامة، ولو كان متبرعا بالخدمة . فإذا رفض التنفيذ العيني بتسلم الشيء، كان للمودع مطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب عدم تنفيذه لالتزامه .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" بينت المادة ٩٩٩ فقرة أولى التزام الوديع بأن يتسلم الوديعة ، بحيث لو امتنع عن تسليمها جاز إجباره على ذلك أو الحكم عليه بالتعويض ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٤٩ .

(الالتزام الثاني)

(حفظ الشيء المودع)

٢٠- حفظ الشيء المودع هو الالتزام الجوهري في عقد الوديعة :

رأينا أن المادة ٧١٨ مدني تنص على أن: " الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئا من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء .. إلخ " .
فالفرض الأساس من الوديعة هو المحافظة على الشيء المودع، ومن ثم كان طبعيا أن يكون أهم ما يلتزم به الوديع هو العناية بحفظ الشيء المودع ، ويعتبر عقد الوديعة على رأس عقود الحفظ والأمانة .

٢١- الالتزام بحفظ الوديعة التزام ببذل عناية :

تنص المادة ٧٢٠ مدني على أن :

" ١- إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك أزيد من عناية الرجل المعتاد .

٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد " .

فهذه المادة تفرق في العناية المطلوبة من الوديع بين ما إذا كانت الوديعة بغير أجر وبين ما إذا كانت الوديعة بأجر . ونعرض لهاتين الحالتين فيما يلي .

٢٢- (أ) - الوديعة غير المأجورة :

إذا كانت الوديعة غير مأجورة فإنه يجب على الوديع أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله ، دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد .

وقد راعى المشرع فى ذلك ألا يثقل أو يتشدد فى محاسبة الوديع غير المأجور ، لأن متبرع ، فلا يصح أن يلقي من تبرعه هذا عسرا ، فطلب منه بذل العناية التى ييئها فى حفظ ماله ، ولو كانت دون عناية الرجل المعتاد . فإذا كانت عنايته فى حفظ ماله تفوق عناية الرجل المعتاد ، لم يكن مسئولا إلا عن عناية الشخص المعتاد ^(١) .

فمعيار العناية المطلوبة منه يكون تارة معيارا شخصيا إذا كان مسئولا عن عنايته الشخصية ، ويكون تارة أخرى معيارا موضوعيا إذا كان مسئولا عن عناية الشخص المعتاد .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد بين المشروع ما يجب على الوديع من عناية فى حفظ الوديعة . ففرق بين ما إذا كانت الوديعة عادية ودون أجر ، وما إذا كانت الوديعة بأجر ، أو كانت فى مصلحة الوديع وحده ، أو كان الوديع قد تطوع لحفظ الشئ . وأجرى على النوع الثانى القاعدة العامة التى تفرض على المدين عناية الرجل المعتاد .

أما النوع الأول من الوديعة فقد رأى المشروع أن يخفف فيه حد العناية المطلوبة من الوديع ، فعُدل عن المعيار المادى الذى يودى إلى مطالبة المدين بعناية الرجل المعتاد ، إلى المعيار الشخصى الذى يترتب عليه الاكتفاء من المدين بما ييئله عادة من عناية فى شئونه نفسه . ولما كان الغرض من ذلك التخفيف عن الوديع ، لا مطالبته بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد ،

(١) محمد على عرفه ص ٤٦٥ .

ولما كان الوديع قد يكون في شئونه الخاصة أكثر حرصا من متوسط الناس ، وجب عند الأخذ بالمعيار الشخصي وضع حد للعناية التي يصح أن يطلب بها الوديع بناء على هذا المعيار ، فنص على أن يكتفى منه بمثل عنايته في شئون نفسه ، دون أن يودى ذلك في أى حال إلى مطالبة بعناية تفوق عناية الرجل المعتاد " (١).

وفي ظل التقنين المدق القديم كان الوكيل غير المأجور لا يسأل إلا عن خطئه الجسيم ، أما الوكيل المأجور فيسأل عن خطئه اليسير (م ٥٩٣/٤٨٥) (٢).

وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" إذا بنت المحكمة قضاها بمسئولية الزوج المطلق عن فقد الأشياء التي تدعيها الزوجة المطلقة على أن هذه الأشياء كانت في ذمته وأنه منعها من استردادها وأهل إهمالا غير يسير في المحافظة عليها فلا تريب على المحكمة في ذلك ، لأن مسئولية الوديع ناشئة عن التزامه قانونا برد الوديعة للمودع متى طلب منه ذلك ، وعن التزامه بالمحافظة عليها بغير تقصير جسيم . وما دامت المحكمة قد أثبتت في حدود سلطتها الموضوعية حصول المطالبة برد الوديعة وحصول التقصير الجسيم في المحافظة عليها ولم تخرج فيما أثبتته من ذلك عما تبيته بحق من أوراق الدعوى وظروفها فلا رقابة عليها لمحكمة النقض .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٥٠ .

(٢) السنهاورى ص ٩١٢ هامش (١) .

وليس صحيحاً أن مسؤولية الوديع لا تنشأ إلا بعد تكليفه رسمياً برد الوديعة . ذلك لأن مثل هذا التكليف لا محل له لتقرير المسؤولية المدنية المترتبة على هلاك الشيء المودع ، فضلاً عن أن المطالبة القضائية بالرد تجب كل تكليف رسمي آخر " .

(طعان رقما ١٠٦ ، ١٢٩ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٤/١٩)

٢٢- (ب)- الوديع المأجور :

نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٢٠ مدق على أنه : " أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد " .
فقد تشدد المشرع في مسؤولية الوديع المأجور ، وراعى أنه يتقاضى أجراً مقابل حفظه للشيء المودع ، فتطلب منه عناية الرجل المعتاد . فالمعيار هنا معيار موضوعي لا شخصي ، فإذا كانت عناية الوديع بحفظ ماله الخاص أقل من عناية الرجل المعتاد ، فإنه يلتزم ببذل عناية الرجل المعتاد ، أما إذا كانت عنايته في حفظ ماله الخاص تزيد على عناية الرجل المعتاد ، فإنه لا يطلب منه سوى عناية الرجل المعتاد .

(راجع المقصود بعناية الرجل المعتاد المجلد الأول بند ٢٨١)

ويلاحظ أنه سواء كانت الوديعة مأجورة أو غير مأجورة فإن التزام الوديع يعتبر التزاماً بوسيلة ، لا التزاماً بغاية ، فلا يكون ثمة عدم وفاء متى قام الوديع ببذل العناية المطلوبة منه في المحافظة على الشيء حتى لو لم تؤد هذه العناية إلى حفظ الشيء فعلاً^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " انتهاء الحكم إلى أن التزام الشركة الطاعنة بحفظ الجبن المودع لديها في ثلاجتها من الالتزامات الجوهرية وأنه التزام ببذل عناية هي عناية الشخص العادى - لأن الشركة مأجورة على هذا الالتزام مؤداه أنه كيف العقد بأنه عقد وديعة مأجورة متفقاً في ذلك مع عبارات العقد ودون أن تجادل الطاعنة في هذا التكييف ، لما كان ذلك وكان مقتضى عقد الوديعة أن يلتزم المودع لديه - أساساً - بالمحافظة على الشئ المودع لديه وأن يبذل في سبيل ذلك - إذا كان مأجوراً - عناية الشخص العادى - ويعتبر عدم تنفيذه لهذا الالتزام خطأ في حد ذاته يرتب مسؤوليته التى لا يدرأها عنها إلا أن تثبت السبب الأجنبى الذى تنتفى به علاقة السببية وكان الخبير المنتدب بعد أن عاين الثلاجة والجبن المخزون فيها واطلع على دفاتر الثلاجة المعدة لإثبات درجات الحرارة واطرحها لعدم سلامتها ولعدم مطابقتها الواقع ورجح من واقع فحصه للجبن المخزون ومعايته الثلاجة من الداخل - أن تلف الجبن يرجع إلى الارتفاع الكبير والمتكرر في درجات الحرارة - استناداً إلى ما لاحظته من تكثف الماء على سطح الجبن والأجولة التى تحتويه ومن تراب الجبن المبلل على أرضية الثلاجة ، وإذ إطمأننت محكمة الموضوع إلى تقرير الخبير - في هذا الشأن - لسلامة أسسه واستخلصت منه في حدود سلطتها التقديرية أن الشركة الطاعنة لم تبذل العناية الواجب اقتضاؤها من مثلها في حفظ الجبن المودع لديها مما أدى إلى تلفه ورتبت على ذلك مسؤولياتها عن هذا التلف - فإنها لا تكون ملزمة بعد ذلك ، بالرد استقلالاً على الطعون التى وجهتها الشركة

الطاعنة إلى ذلك التقرير لأن في أخذها به محمولاً على أسبابه السائفة ما يفيد أنها لم تجد في تلك الطعون ما يستحق الرد عليها بأكثر مما تضمنه التقرير " .

(طعن رقم ٦٦١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٦)
٢٤- أمثلة للعناية الواجبة على الوديع في الوديعة المأجورة والوديعة غير المأجورة :

يكون الوديع مأجوراً أو غير مأجور مسئولاً عما يأتي :

١- إذا وضع المجوهرات المودعة في دولاب غير مغلق فسرقت .
وإذا كان الشئ ليس ثميناً ووضع الوديع عنده في مكان غير مغلق .
وكان غير مأجور لم يكن مسئولاً إذا سرق الشئ ، ما دام يثبت أنه تعود ذلك في مال نفسه^(١) .

٢- لا يسأل الوديع ولو كان مأجوراً عن عدم التأمين على الأشياء المودعة ، ما لم يجز العرف بذلك . وإذا اضطر أن يحمل الوديعة في سفر ولم يؤمن عليها فسرقت فإن كانت الوديعة من شأنها أن يؤمن عليها عند السفر كان مسئولاً إذا كانت الوديعة بأجر ، حتى لو أثبت أنه كان لا يؤمن عليها لو أنها كانت من ماله الخاص . أما إذا كانت الوديعة بغير أجر وأثبت ذلك ، فإنه لا يكون مسئولاً^(٢) .

٣- يجب على الوديع أن يواجه النفقات التي تقتضيها المحافظة على الشئ . وعليه أن يخطر المودع بما عساه يظهر في الشئ من عيوب طارئة تهدد بفناؤه ، وأن يتلقى تعليماته في شأنها، فإن قصر في ذلك لزمه

(١) السهورى ص ٩١٥ - محمد على عرفه ص ٤٦٦ .

(٢) السهورى ص ٩١٦ وما بعدها .

الضمان أما إذا كانت هذه العيوب ظاهرة في الشيء من وقت إيداعه سقط عنه هذا التكليف . ويعتبر تبخر الكحول من العيوب التي تتصل بطبيعة الوديعة والتي يفترض لذلك علم المودع بها ^(١).

٤- إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها، وجب على الوديع مأجورا أو غير مأجور، أن يخطر المودع بذلك فورا، وجاز له أن يحصل على ترخيص في إيداعها على من يثبت له الحق فيها .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدق ينص في المادة (١٠٠١) ^(٢) على هذا الالتزام ، وقد جاء عنها بمفكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وكما يجب على الوديع أن يحفظ الشيء من كل تلف مادي، كذلك، يجب عليه أن يتفادى بشأنه كل ضرر يترتب على اتخاذ إجراءات قانونية متعلقة به . فإذا حجز الشيء تحت يده ، أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فورا . وإن أبطأ في ذلك لأى سبب، لزمه اتخاذ الإجراءات التي تحفظ مصلحة المودع . ومتى أثبت الوديع صفته وجب إخراجه من الدعوى غير أنه إذا استمر النزاع إلى ما بعد المدة المحددة للوديعة جاز للوديع أن يحصل على ترخيص في إيداع الشيء في خزانة المحكمة أو عند أى شخص تعينه المحكمة لذلك ، على أن يسلم الشيء فيما بعد إلى من يثبت له الحق فيه " ^(٣).

(١) محمد على عرفه ص ٤٦٦ وهامش (٤) .

(٢) كانت المادة تجرى على أن : " إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع أو رفعت عليه دعوى باستحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فورا ، وجاز له أن يحصل على ترخيص في إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها " .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥٠ .

وقد حذفت المادة سالفه الذكر في لجنة المراجعة لعدم ضرورتها ، غير أنها ليست إلا مجرد تطبيق للقواعد العامة ومن ثم فإنه يعمل بها .
٥- إذا تههد الملاك أموال الوديع والأشياء المودعة على السواء ، وكان في الإمكان إنقاذ بعضها فقط ، كان على الوديع المأجور أن يؤثر الأخيرة بالإنقاذ إن كانت أخف من أمواله حملا وأعلى ثمنًا . فإن أثر أمواله مع تساوى مخاطر الإنقاذ وتفاوت القيمة ، فإنه يكون قد أدخل بالعناية التي يبذلها الرجل المعتاد في مثل هذه الحالات ، فتتعد لذلك مسؤوليته^(١) .

٢٥- تعدد المودع عندهم :

إذا تعدد المودع عندهم ، فلا تضامن بينهم في المسؤولية ، لأن التضامن في المسؤولية العقدية لا يكون إلا باتفاق أو نص في القانون . وقد خلا القانون من نص على المسؤولية التضامنية عند تعدد المودع عندهم .

٢٦- عدم مسؤولية الوديع عن السبب الأجنبي :

لا يسأل الوديع مأجورا أو غير مأجور عن فقد الشيء المودع أو هلاكه أو ما يصيبه من أضرار ، إذا كان ذلك بسبب أجنبي ، سواء كان قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المودع نفسه ، أو خطأ الغير ، ما لم يكن قد سبقه خطأ من جانب الوديع ، أو ضاعف من الضرر تقصير جسيم من جانبه ، فلا يعتبر الحريق لذاته سببا أجنبيا ، إنما يعتبر كذلك إذا ثبت انتقاله من منزل الجار أو إذا لم يعرف سببه وأثبت الوديع أنه لم يحدث بخطأ منه أو من أحد تابعيه .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٦٦ .

ولا يعفى الوديع من المسؤولية عن السرقة ، إلا إذا لم يسبقها تقصير منه سهل على اللصوص مهمتهم ، كعدم غلق الأبواب أو ترك المفاتيح بها^(١).

ويقع على عاتق الوديع إثبات السبب الأجنبي وإثبات عدم وجود خطأ من جانبه سابق عليه .

٢٧- الاتفاق على تعديل المسؤولية :

مسئولية الوديع عن حفظ الشيء المودع ، لا تتعلق بالنظام العام ، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق بين المودع والوديع على تعديل هذه المسؤولية ، سواء بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء .

ومثل الاتفاق على تشديد المسؤولية ، أن تكون مسؤولية المودع غير المأجور عن عناية الرجل المعتاد أو أن يتحمل الوديع تبعه الحادث المفاجئ والقوة القاهرة (م ١/٢١٧ مدق) ومثل الاتفاق على تخفيف المسؤولية الاتفاق على عدم مسؤولية الوديع المأجور إلا عن عناية الشخصية ، أو تحديد التعويض قبله بمبلغ محدد .

ويجوز الاتفاق على إعفاء الوديع من المسؤولية كلية إلا ما ينشأ عن غشه أو عن خطئه الجسيم ، ومع ذلك يجوز له أن يشترط عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذى يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه (م ٢/ ٢١٧ مدق) .

٢٨- عدم استعمال الوديع الشيء المودع :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧١٩ مدق على أنه : " وليس له (المودع عنده) أن يستعملها دون أن يأذن له المودع في ذلك صراحة أو ضمناً " -

(١) محمد على عرفه ص ٤٦٧ وما بعدها .

ذلك أنه لما كان الغرض الأساس من الوديعة هو المحافظة على الشيء المودع، كان طبيعياً أن يمنع الوديع من استعماله . وإذا كان الشيء ينتج ثماراً ، سواء كانت ثماراً مدنية أو طبيعية ، التزام الوديع بالمحافظة على هذه الثمار ، وعليه أيضاً تقدم حساب للمودع عنها .

وقد بلغ من عناية المشرع الفرنسى بواجب الأمانة في حفظ الوديعة وعدم استعمالها أنه نص في المادة ١٩٣١ مدنى على أنه : " لا يجوز للوديع أن يكشف عن الوديعة ليعرف ما هي إذا كانت قد سلمت إليه في صندوق مقفل أو في غلاف مختوم " ^(١) ، ويرى البعض أنه يصعب في الآونة الحاضرة قبول هذا الحكم لا تشار الأعمال الإرهابية خاصة في مؤسسات الحفظ المهنية ^(٢) .

ونضيف إلى ذلك ، أنه قد يتعذر في الغالب الأعم ألا يقف الوديع على ماهية الوديعة إذا لم يكشف عنها ، وهذا واجب لدفع ادعاء المودع ، بأن الوديعة التي يردها إليه الوديع ليست هي المسلمة إليه .

غير أنه يجوز للوديع استثناء من هذا الأصل استعمال الشيء المودع في حالتين :

الحالة الأولى :

أن يأذن المودع للوديع باستعمال الشيء المودع . ويراعى أنه إذا كان الشيء المودع مما يهلك لأول استعمال ، فإن استعماله يعنى استهلاكه ، وبالتالي يلتزم الوديع برد مثله ، ولما كان الوديع يلتزم برد الشيء المودع بعينه ، فإن العقد ينقلب إلى قرض وتسرى عليه أحكامه لا أحكام الوديعة (م ٧٢٦ مدنى) .

(١) ويأخذ بذلك بعض الشراح في مصر راجع كامل مرسى ص ٣٩٩ .

(٢) محي الدين علم الدين ص ١٥٥ .

أما إذا كان الشيء مما يقبل الاستعمال فإن المرجع في تكييف العقد إلى قصد المتعاقدين . فإن كان هدفهما الأساسى المحافظة على الشيء مع التصريح باستعماله ، أى يكون الاستعمال أمرا ثانويا بجانب الغرض الأساسى وهو الحفظ ، كان العقد وديعة .

وبالعكس إن كان الغرض الأساسى من تسليم الشيء هو تحقيق منفعة للمستلم كان العقد عارية استعمال ، ولو أطلق عليه المتعاقدان اسم الوديعة . فالمسألة متروكة لتقدير القاضى .

والتصريح للوديع باستعمال الشيء المودع يجعل الوكالة بأجر^(١) . والإذن بالاستعمال يكون صريحا ، كما يجوز أن يكون ضمنيا يستخلص من الظروف . فإذا أودع شخص ساعة مثلا ، فالغالب أن المودع لا يمانع في أن ينظر الوديع في الساعة ليعرف الوقت . وكذلك إذا أودع شخص كتابا عند آخر ، فلا مانع من أن يقرأ الوديع في هذه الكتب بشرط ألا يترك فيها أثرا من القراءة ، وهذا ما لم يطلب منه المودع عدم القراءة فيها صراحة أو ضمنا^(٢) . والإذن بالاستعمال لا يفترض ، ويلتزم الوديع الذى يدعى صدور الإذن بالاستعمال إثباته .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... ويجب على من يدعى هذا الترخيص أن يثبت صدوره لأن الإذن بالاستعمال لا يفترض"^(٣) .

(١) محمد على عرفه ص ٤٦٤ .

(٢) السهورى ص ٦٢٤ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٤٩ .

الحالة الثانية :

أن يكون استعمال الشيء ضروريا للمحافظة عليه .

ومثال ذلك أن يودع شخص سيارة عند شخص آخر لسفـره في رحلة طويلة الأمد ، فيقوم باستعمالها في فترات متباعدة حتى لا يعلو الصدأ آلتها بعدم الاستعمال . إنما يجب أن يكون الاستعمال مجرد المحافظة على الشيء فلا يتجاوز الحد المألوف في هذا الصدد ^(١).

٢٩- جزاء مخالفة علم الاستعمال :

إذا استعمل المودع عنده الشيء المودع في غير الحالتين سالفتي الذكر ، فإنه يسأل مدنيا عن الضرر الذي يلحق بالشيء المودع أو عن تلفه أو هلاكه .

كما يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات ، إذا تصرف في الشيء المودع .
كما أن تصرف المودع عنده في الشيء المودع يكون جريمة النصب المنصوص عليها في المادة ٣٣٦ عقوبات.

٣٠- إخلال الوديع شخصاً آخر محله :

تنص المادة ٧٢١ من التقنين المدني على أنه : " ليس للمودع عنده أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع إلا أن يكون مضطرا إلى ذلك بسبب ضرورة ملحة عاجلة " .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٦٣ .

فالقاعدة أنه ليس للوديع أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة دون إذن صريح من المودع. لأن أسس الوديعة هي الثقة التي يضعها المودع في الوديع الذي اختاره شخصيا للمحافظة على الشيء . ومن ثم لا يجوز للوديع أن يلقى على عاتق غيره عبء الاضطلاع بهذا الالتزام الشخصي. **وقد جاء بملكوة المشروع التمهيدي أنه :**

" يفترض في الوديعة أن شخص الوديع له اعتبار خاص عند المودع ، فلا يجوز للوديع أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة ، دون إذن صريح من المودع إلخ " ^(١).

غير أنه يستثنى من هذا الأصل حالتان يجوز فيهما للوديع أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة هما :

الحالة الأولى :

أن يأذن المودع له في أن يحل غيره محله في حفظ الوديعة . ويجب أن يكون الإذن صريحا ، فلا يكفي أن يتنزع الوديع بالإذن الضمني ، وقصد من اشتراط الإذن الصريح أن يكون الإذن واضحا لا يترك لاستنتاج القاضي من الظروف .

الحالة الثانية :

إذا اضطر الوديع إلى ذلك بسبب ضرورة ملحطة عاجلة ، ذلك أن الضرورات تبيح المحظورات .

ومثل ذلك أن يتعرض الوديع للاعتقال أو الحبس فجأة ، أو اضطر للسفر فجأة فترك الوديعة عند آخر .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٥١ .

ويلتزم الوديع بإخطار المودع بذلك بمجرد أن يتيسر له هذا الإخطار .
ويلتزم المودع في الحالتين سالفتي الذكر بالأجر الذى يكون نائب
الوديع قد تقاضاه منه ، إلا إذا كان الوديع يتقاضى أجرا من المودع يدخل
فيه أجر النائب ^(١) .

وفي هاتين الحالتين ، يكون الوديع مسئولاً عن خطأ نائبه ، لأنه هو
المسئول عن سوء اختياره وعن كل عيب في التعليمات التى أصدرها له
بشأن حفظ الشيء .

٣١- جزاء مخالفة الالتزام :

إذا أحل الوديع غيره عمله في حفظ الوديعة في غير الحالتين سالفتي
الذكر ، كان مسئولاً عن فعل الغير . فهو مسئول عن هلاك الشيء بين
يدى النائب ولا يعفيه من المسؤولية أن يثبت كون الهلاك قد حصل بقوة
قاهرة أو حادث مفاجئ ، لأن مجرد تخليه عن الوديعة يعتبر إخلالاً بما تعهد
به فتقرر مسئوليته على أى حال .

على أنه في وسع الوديع - تطبيقاً للقواعد العامة - أن يتخلص من
المسؤولية إذا أثبت أن هلاك الشيء كان محققاً ولو بقى تحت يده ، كأن
يصاب منزلاً الوديع والنائب في غارة جوية ، فيهلك ما فيهما من
منقول ومتاع ^(٢) .

(١) السنهوري ص ٩٢٩ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٦٩ - السنهوري ص ٩٢٨ هامش (٣) .

وقد جاء بملكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا أحل الوديع غيره محله دون إذن بذلك ، كان مسئولاً عن فعل ذلك الغير . وإن كان ذلك بإذن المودع ، فيكون الوديع مسئولاً عن سوء اختياره لذلك الغير وعن كل عيب فى التعليمات التى أصدرها له بشأن حفظ الشئ " (١).

غير أنه لا يجوز للمودع أن يرجع على النائب بدعوى مباشرة إذ لا علاقة بينهما تجيز هذا الرجوع . لأن الدعوى المباشرة لا تكون إلا بنص . ولا يصح القياس على نص المادة ٧٠٨ الواردة بصدد الوكالة لأنه نص استثنائى (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥١ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٧٠ - السنهورى ص ٩٢٩ وعكس ذلك محيى الدين علم الدين ص ١٥٨ هامش (١) فىرى أن للمودع دعوى مباشرة قياساً على المادة ٣/٧٠٨ مدين الواردة بشأن الوكالة وهو القياس الذى أخذ به الفقه الفرنسى .

(الالتزام الثالث)

(رد الشيء المودع)

٣٢- النص القانوني :

المادة (٧٢٢) مدني :

" يجب على المودع عنده أن يسلم الشيء إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده . وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسليم الشيء في أي وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع " .

٣٣- وجوب رد الشيء المودع بعينه :

· يعتبر التزام الوديع برد الشيء المودع بعينه نتيجة حتمية لالتزامه بحفظ الشيء وعدم استعماله ، فإذا طالب المودع برد الوديعة فلم يردها الوديع بعينها ، بل عرض أن يرد أشياء مماثلة ومساوية لها في القيمة ، كان للمودع الحق أن يمتنع عن قبول هذا العرض ويتمسك برد الوديعة بعينها ، لأن مثل هذا العرض من جانب الوديع لا يعتبر وفاء صحيحا ، وإنما هو وفاء بمقابل ، لا بد لحصوله من قبول الدائن^(١) .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- "الوارث الذي يتسلم العقود التي كانت مسلمة على سبيل الوديعة لأبيه قبل وفاته ، وهو عالم بذلك يعتبر وجود هذه العقود لديه على سبيل الوديعة كذلك ، مادامت يده عليها بمقتضى حكم القانون ، يد أمانة تتطلب منه أن يتعهدا بالحفظ كما يحفظ مال نفسه ويردها بعينها عند

(١) محمد علي عرقه ص ٤٧٠ .

أول طلب من صاحبها أو بعبارة أخرى تتطلب منه القيام بجميع الواجبات التي فرضها القانون في باب الوديعة على المودع لديه . ولا يقلل من صدق هذا النظر أنه لم ياشر مع المجنى عليه عقد وديعة وأن العقد الذي أنشأها إنما كان مع أبيه فينتهي بموته . وذلك لأن القانون حين عرف جريمة خيانة الأمانة في المادة ٣٤١ ع لم ينص على أن تكون الوديعة ، باعتبارها سببا من الأسباب التي أوردتها على سبيل الحصر لوجود المال المختلس لدى المتهم ، وليدة عقد ، بل اكتفى في ذلك بعبارة عامة ، وهي أن يكون تسلم المال قد حصل على " وجه الوديعة " مما يستوى فيه بداهة ما يكون منشؤه التعاقد وما يكون مصدره القانون .

(طعن رقم ٥١٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٨)

٢- " إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن المدعى بالحقوق المدنية سلم المتهم عند زفاف ابنته إليه منقولات منزلية لتأثيث منزل الزوجية فتصرف في بعضها بالبيع وأخفى بعضها في منزل آخر ، وقضت المحكمة بترئته بمقولة إن هذه الواقعة لاجريمة فيها إذ المنقولات قد سلمت إليه (الزوج) والتسليم ينفي ركن الاختلاس في السرقة غير كاف " إذ هي لم تبين أن الزوجة عندما نقلت جهازها إلى منزل الزوجية قد تخلت عن حيازته للزوج وأنه هو أصبح صاحب اليد فعلا عليه .

(طعن رقم ٦٥٢ لسنة ١٩ ق جلسة ١٩٤٩/٦/٧)

٣- " الشرط الأساسي في عقد الوديعة كما هو معرف به في القانون المدني هو أن يلتزم المودع لديه برد الوديعة بعينها للمودع . وإذن فمضى

كان الثابت في الحكم أن المتهم والمجنى عليه قد اتفقا على أن يتبادلا ساعتيهما وأن تسلم أولهما ساعة الثاني كان تنفيذًا لهذا الاتفاق فإن التسليم على هذه الصورة يكون مبنيًا على عقد معاوضة، وهو ليس من العقود المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة ٣٤١ من قانون العقوبات، ويكون الحكم إذ دان المتهم بجريمة التبيد قد خالف القانون " .

(طعن رقم ٢٤١٣ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٤/٥/٤) ^(١)

٤- " لما كانت المادة ٣٤١ من قانون العقوبات قد نصت على تجريم اختلاس أو تبيد الأشياء التي تسلم على وجه الوديعة أو الإعارة أو على سبيل عارية الاستعمال أو الوكالة . ولكن كان من المقرر أن لمحكمة الموضوع وهي بصدد البحث في تسهمه التبيد النسوبة إلى المتهم سلطة

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا اشترط في عقد البيع أن الملكية في المبيع تبقى للبائع حتى يجربه المشتري فإن وجود المبيع عند المشتري في فترة التجربة إنما يكون على سبيل الوديعة . فإذا هو تصرف فيه فإنه يكون قد خان الأمانة ويحق عقابه بمقتضى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات " .

(طعن رقم ٣ لسنة ١١ ق جلسة ١٩٤٠/١١/٢٥)

ويتنقد الدكتور محمد على عرفه هذا الحكم ويرى أن العقد هنا بيع معلق على شرط التجربة لا وديعة ، لأن الحفظ ليس المهدف الأساسي للمتعلقين كما هو ظاهر ولا يلعب في الالتزامات المتبادلة بينهما إلا دورًا ثانويًا ص ٤٥٥ هامش (٤) .

تفسير العقد الذى بموجبه سلمت إليه أعيان جهاز المدعية بالحقوق المدنية مستندا في ذلك لظروف الدعوى وملابساتها إلى جانب نصوص ذلك العقد إلا أنه لما كان يبين من مدونات الحكم المطعون فيه أنه أثبت أن المطعون ضده تسلم المنقولات المملوكة للطاعة والموضحة بقائمة جهازها وأقر بأنها في عهده وذمته وأنها تحت طلب الزوجة كما يبين من مدونات الحكم الابتدائي أن المطعون ضده رفض تسليم الطاعة أعيان جهازها عند طلبها وكان مودى ذلك أن المطعون ضده تسلم المنقولات الموضحة بالقائمة على سبيل الوديعة فاختلسها لنفسه بنية تملكها إضراراً بالمجنى عليها إذ ظل ممتعاً عن تسليم تلك المنقولات إلى المجنى عليها إلى ما بعد صدور الحكم الابتدائي بمعاقبته . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وقضى بترئة المطعون ضده من تهمة تبديد المنقولات التي سلمت إليه على سبيل الوديعة ورفض الدعوى المدنية قبله بمقولة أن هذه الواقعة لا جريمة فيها إذ المنقولات قد سلمت إلى الزوج (المطعون ضده) والتسليم ينفي الاختلاس وهي لم تسلم على سبيل الوديعة إذ هو التزم برد قيمتها إذا فقدت ويجب في الوديعة رد الشيء بعينه وعقد التسليم لا يعتبر عارية استعمال بل حصل التسليم على سبيل عارية الاستهلاك وهذا القول من المحكمة غير سديد إذ أن ما استطردت إليه في شأن عارية الاستهلاك غير صحيح من ناحية اعتبارها جهاز الزوجية من المثليات التي يقوم فيها مقام بعض وإن العارية فيه لا تكون إلا للاستهلاك

والصحيح أن الجهاز من القيميات وما قالته بصدد نفى الوديعة غير كاف لأن اشتراط رد قيمة الشيء لا يكفي وحده للقول بأن تسليمه لم يكن على سبيل الوديعة متى كان النص على رد القيمة يكون عند الفقد مما يرشح إلى أن الرد يكون عينيا مادام الشيء موجودا . وما ذكرته بصدد التسليم الذى ينفى ركن الاختلاس فى السرقة غير كاف إذ هى لم تبين أن الزوجة عندما نقلت جهازها إلى منزل الزوجية قد تخلت عن حيازته للزوج وأنه أصبح صاحب اليد فعلا عليه . ومن ثم فإذا ما انتهى الحكم إلى اعتبار أن قائمة الجهاز التى تسلم بموجبها المطعون ضده أعيان جهاز الطاعنة لا تعد عقدا من عقود الأمانة الواردة فى المادة ٣٤١ من قانون العقوبات يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون خطأ حجبته عن بحث موضوع الدعوى وتقدير أدلتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه - فيما قضى به فى الدعوى المدنية - والإحالة مع إلزام المطعون ضده المصاريف المدنية دون حاجة إلى بحث أوجه الطعن الأخرى " .

(طعن رقم ١٨٦٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/١٢)

ويراعى أن النقود تكون عادة محلا للوديعة الناقصة ، فتكون قرضا وتنتقل ملكيتها للمعترض ، ويلتزم برد مثلها ، ومع ذلك يمكن أن تكون القطع الذهبية أو الفضية أو كيس من النقود ، محلا للوديعة الكاملة ، فتحفظ بذاتها لدى الوديع ولا تنتقل ملكيتها له ، ويجب عليه ردها عينا

إلى المودع، فقد تختلف عن مثيلاتها . من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز^(١).

وبصفة عامة إذا وضعت النقود في صندوق أو كيس مقفل يجب تبقى لها ذابيتها فإنه يجب ردها عينا .
(أنظر أيضا بند ٧٠) .

والسندات لحاملها إذا سلمت لأحد البنوك وديعة وذكرت بأرقامها كانت شيئا معينا بذاته ويجب أن ينصب الرد عليها بعينها . أما إذا ذكرت بعددها دون أرقامها فإنه يمكن اعتبارها وديعة ناقصة ويلتزم البنك المودع عنده برد عدد مماثل لما تسلمه منها شريطة أن تكون من نفس نوعها ومن نفس تاريخ الإصدار^(٢).

٢٤- رد ثمار الشيء المودع :

إذا كان الشيء المودع ينتج ثمارا سواء كانت ثمارا طبيعية أو مدنية انفصلت عنه أو جناها الوديع ، تعين ردها إلى المودع لأنهما من ملحقات الشيء المودع .

على أن التزام الوديع برد ثمار الشيء لا يعنى التزامه بجنى هذه الثمار ، لأن التزامه قاصر على حفظ الشيء ، فهو لا يلتزم بجنى الثمار إلا إذا لزم

(١) السهوري ص ٩٣٢ وهامش (٢) .

(٢) عبي الدين علم الدين ص ١٦٢ .

ذلك للمحافظة على الوديعة ، ولذلك فهو لا يلتزم إلا برد الثمار المخنية
لا الثمار التي لم تجن ولو كان عدم جنيها بإيماله^(١).

وكان المشروع التمهيدي للمادة ١٠٠٣ (التي أصبحت برقم ٧٢٢)
تنص في فقرتها الأولى على أن : " على الوديع ، متى انتهت الوديعة ، أن
يرد إلى المودع أو إلى من يخلفه الشيء المودع وما يكون قد قبضه من
ثماره".

كما كانت تنص المادة ٦٠٢/٤٩٣ من التقنين المدني القديم على أنه :
" يجب في جميع الأحوال على حافظ الوديعة أو حارسها أن يرد أيضا
محصولها ونسائحتها . وعليه فوائد النقود المودعة عنده من وقت مطالبة
بردها مطالبة رسمية " .

وبالترتيب على ذلك إذا كان الشيء المودع حيوانا له نتاج أو أرضا
تنتج محصولا وجب عليه أن يرد النتاج أو المحصول إلى المودع . وإذا
خشى على شيء منها التلف جاز له بيعه ورد ثمنه إلى المودع . وإذا كان
الشيء المودع أسهما أو سندات واستحققت أرباحا ، وجب على الوديع أن
يرد الأسهم والسندات وأرباحها ، وإذا كسب سهم أو سند جائزة وجب
رد هذه الجائزة مع السهم أو السند^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠١ هامش (٣) .

(٢) السهورى ص ١٤٠ .

٢٥- احتساب الفوائد :

رأينا أن النقود قد تكون وديعة كاملة يلتزم فيها الوديع برد النقود بعينها .

والوديع لا يلتزم بدفع فوائد عن هذا المبلغ ، لأن الأصل أنه لا يفيد من حفظ هذا المبلغ لديه .

ولكن إذا أعثره المودع بالرد فتباطأ فعليه الفوائد من تاريخ الإعذار . ويعتبر إعذارا كافيا إرسال خطاب مسجل يتضمن صراحة المطالبة برد الشيء واعتبار الوديع مستولا عن التأخير . ولا يلزم حتما حصوله بإنذار^(١).

ولزام الوديع بفوائد المبالغ المودعة لديه من تاريخ الإعذار ، لا يعتبر استثناء من القاعدة العامة الواردة بالمادة ٢٢٦ مدني التي تقضي بسريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية ، لأن الوديع لا يعتبر حتى في هذه الحالة مدينا بمبلغ من النقود بل مدينا برد شيء معين بالذات. ولا يسرى حكم هذه المادة على التعهدات التي من هذا القبيل^(٢).

أما إذا كانت وديعة النقود وديعة ناقصة ، أي قرضا ، فإنها تصبح ديننا في الذمة ، ولا يتقاضى المودع عنها فوائد إلا بموجب اتفاق أو من وقت المطالبة القضائية بهذه الفوائد .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٧٣ .

(٢) محمد علي عرفه ص ٤٧٣ - السنهاوري ص ٩٤١ الهامش .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وبما أن الوديع ليس له استعمال الشيء ولا استغلاله ، فإن الشيء إذا كان مما ينتج ثمارا وقبضها الوديع وجب عليه ردها إلى المودع (المادة ١٠٠٣ فقرة أولى) فإن لم يقبض ثمارا لا يجب عليه شيء . فإذا كانت الوديعة مبلغا من النقود فلا تجب عليه فوائده ، إلا من وقت إعذاره بردها (م ١٩٣٦ فرنسى)^(١) .

٢٦- احتساب الفوائد عند التصريح باستعمال الوديعة :

إذا صرح المودع للوديع باستعمال المبالغ المودعة لديه . فإنه يعتبر في هذه الحالة مدينا بمبلغ من النقود ، وتستحق الفوائد عليه طبقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة ٢٢٦ مدنى ، وذلك بعكس الحالة التى يتأخر فيه الوديع عن رد وديعة النقود بعد إعذاره ، إذ في الحالة الأخيرة يؤاخذ الوديع على إهماله في رد مبالغ يفترض وجودها في خزائنه مادام لم يصرح له باستعمالها ، فيكون تأخيره في الرد رغم إعذاره قرينة على إخلاله بشروط العقد فيلزمه التعويض فيستحق عليه الفوائد من تاريخ الاستعمال ، وهو ما يتفق مع اعتبار المشرع العقد قرضا في هذه الحالة إذ لم يرد بصدد القرض أى نص خاص بسريان فوائد التأخير مما يتعين معه الرجوع إلى القواعد العامة (مادة ٧٢٦ مدنى) ، وكان القانون المختلط ينص على ذلك صراحة (م ٦٠٢) ، ذلك أنه لا يسوغ للوديع أن يستأثر بالفائدة التى جناها من تصرفه هذا غير المشروع ، بل يجب أن ترد هذه

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥٥ .

الفائدة إلى صاحب الحق فيها وهو المودع ، وذلك على سبيل التعويض ، فضلاً عن أن الوديع ملزم برد الثمار التي جناها ، ومتى ثبت استعماله للمبالغ المودعة عنده فيما يحقق منفعة له ، فإنه يكون قد جنى ثماراً عن حق المودع أن يحاسبه عليها^(١).

٣٧- تقويم الوديعة عند العجز عن الرد :

قد يتعذر على الوديع رد الوديعة عينا لأسباب لا ترجع إلى تقصير منه. ومثال ذلك أن يكون الشيء المودع سندات فستهلك ويتقاضى الوديع قيمتها فيلتزم برد هذه القيمة ، أو تستولى الإدارة على الوديعة للمصلحة العامة ويتقاضى الوديع تعويضاً عنها ، فيلتزم برد هذا التعويض . أو يتعدى الغير على الوديعة فيقضى له بتعويض فيلتزم بأداء هذا التعويض إلى المودع^(٢).

وقد يكون تعذر رد الوديعة إلى المودع بسبب تقصير من الوديع أو لكي يجنى الوديع من وراء ذلك منفعة لنفسه ، ففي هذه الحالة يلتزم الوديع بالتعويض بأعلى القيمتين . قيمتها عند إيداعها وقيمتها وقت المطالبة بردها، ولا يصح الوقوف عند قيمة الأشياء المودعة وقت المطالبة بردها ، ولو انخفضت هذه القيمة عنها وقت حصول الإيداع ، لأن يؤدي إلى استفادة الوديع من الوديعة على حساب المودع إذا تصرف فيها لمنفعة له، وإلى استفادته رغم تقصيره الذي أدى إلى عجزه عن رد الوديعة .

(١) محمد على عرفه ص ٤٧٤ .

(٢) الستهوري ص ٩٣٤ .

وإذ حصل العكس وكانت القيمة وقت الرد أعلى منها عن وقت الإيداع وجب إلزام الوديع برد القيمة وقت الرد على سبيل التعويض . وتقدير القيمة مسألة موضوعية متروكة لقاضى الموضوع دون رقابة من محكمة النقض .

٢٨- سرقة الوديعة :

لم يتضمن التقنين المدنى نصا على حالة ما إذا تبين سرقة الوديعة ، كما فعل التقنين المدنى الفرنسى . إذ نص فى المادة (١٩٣٨) منه على أنه : "لا يجوز للمودع عنده أن يطلب ممن عقد الوديعة أن يقيم الدليل على أنه مسالك للشئ المودع ، ولكن إذا ظهر له أن الشئ مسروق وعرف صاحبه وجب عليه أن يخبر صاحبه بالإيداع لديه مع إنذاره بأن يطلب ذلك الشئ فى ميعاد كاف يعينه ، وإذا قصر من حصل الإخبار إليه فى طلب الوديعة صح للمودع عنده أن يتخلص من المسئولية بتسليمه الشئ لمن سلمه إليه" . وهذا النص خاص بالحالة التى يكشف الوديع فيها السرقة بعد العقد ، أما إن كان يعلم وقت العقد بالسرقة فإنه يعتبر مخفيا لأشياء مسروقة ويعاقب قانونا^(١) .

وقد ذهب رأى فى الفقه المصرى ، إلى أن الحكم المذكور مبنى على قواعد العدالة ، ويجب الأخذ فى مصر بالرغم من عدم وجود نص ، لأن

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٤ .

هذه الطريقة هي السبيل الوحيد لتخلص المودع عنده من المسؤولية قبل المالك الحقيقي وقبل الجهات القضائية^(١).

بينما ذهب رأى آخر إلى أن فكرة العدالة التي يستند إليها الرأى السابق فكرة مبهمة مرنة في الالتجاء إليها خطر الوقوع في التحكم وإهدار القانون ، وأنه يجب استلزام ما توحى به قواعد القانون الظاهرة والمسترة للوصول إلى حل في هذه المسألة ولذلك يفرق هذا الرأى بين فرضين.

الفرض الأول : أن يكون الوديع على بينة من الأمر أى على بينة من أن الوديعة متحصلة من أى جنحة أو جناية بصفة عامة ، أو من جريمة سرقة خاصة . فإننا في هذا الفرض لا نكون بصدد جريمة من الجرائم التي يعاقب عليها بنص المادة ١٤٥ عقوبات التي تعاقب " كل من علم بوقوع جناية أو جنحة أو كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بوقوعها وأعان الجاني بأى طريقة كانت على الفرار من وجه القضاء إما بإيواء الجاني المذكور وإما بإخفاء أدلة الجريمة وإما بتقديم معلومات تتعلق بالجريمة وهو يعلم بعدم صحتها أو كان لديه ما يحمله على الاعتقاد بذلك ... إلخ " أو يعاقب عليها بنص المادة ٣٢٢ عقوبات إذا كان ما أخفاه الوديع عنده متحصلا من جريمة سرقة . ذلك أن العقد الذى يقوم على أساس جريمة يعتبر باطلا بطلانا مطلقا . فيكون على الوديع إذن أن يمتنع عن رد الوديعة إلى المودع . وأن يباشر بإخطار السلطات المختصة بوجود جسم الجريمة عنده . وإلا كان معرضا لمعاقبته بالعقوبة المنصوص عليها بإحدى المادتين

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٥ .

السابقتين . هذا علاوة على الحكم عليه بالتعويض للمالك إذا تعذر عليه استرداد الشيء ذاته .

والفرض الثاني: أن يكون الوديع قد تلقى الوديعة وهو لا يعلم من أمرها شيئاً ، ثم تكشف له هذا الأمر ، فحسبه أن يسارع بردها إلى المودع ليتخلص من المسؤولية ، لأن التبليغ عن الجرائم أمر تقرضه مبادئ الأخلاق ولا يحتمه القانون . وقد تقوم لدى الوديع اعتبارات جدية تمنعه من التبليغ، كأن يخشى أن يسئ الظن بالمودع فيتهمه خطأ فيتعرض للعقاب عن التشهير به والإضرار بسمعته . وقد يرى أن ينأى بنفسه وسمعته عن موطن الشبهات . فلا عليه إلا أن يرد الوديعة للمودع . ولا يكون للمالك سبيل إلى مواخذته لعدم إخطاره إياه ، لأنه غير مطالب بأن يرعى مصالح المالك أكثر من رعايته إياها . ومعنى هذا الرأي قاتلاً أن في وسع الوديع إذن أن يتخلص من المسؤولية برد الوديعة إلى المودع . بل يكون ملزماً بردها إليه إن طالبه بذلك . ولا يكون له أن يمتنع عن الرد إلا في حالة واحدة ، هي أن يادر المالك بإنذاره بعدم ردها حتى يعضى في الإجراءات الكفيلة بردها إليه .

وفي هذه الحالة لا يستطيع الوديع أن يرد الوديعة إلى المالك إلا بعد صدور حكم نهائي لصالحه في مواجهة المودع . فإن تعجل وردها قبل ذلك انعقدت مسؤوليته قبل المودع الذي يكون له أن يرجع عليه بالتعويض في حالة فشل مدعى الملكية في إثبات حقه^(١).

(١) الدكتور محمد علي عرفه ص ٤٨٣ وما بعدها .

وعندنا أن هذا الرأي يتفق والأحكام العامة في القانون .

٣٩- تصرف المودع في الوديعة :

إذا تصرف المودع في الوديعة بالبيع أو الهبة ، فإن الوديع يلتزم بتسليم الوديعة إلى المشتري أو الموهوب له بعد التثبت من صفته . بل يكون مسئولا قبله إن هو سلمها إلى المودع بعد إخطاره بتعلق حق أحدهما بها نتيجة للبيع أو الهبة لأنه يترتب على انتقال ملكية الوديعة أن تنتقل إلى مكتسب الملكية سائر الحقوق والدعاوى التي كانت للمودع على الشيء^(١).

٤٠- تصرف وارث الوديع بحسن نية في الوديعة :

تنص المادة ٧٢٣ مدني على أنه : " إذا باع وارث المودع عنده الشيء المودع وهو حسن النية ، فليس عليه للمالكه إلا رد ما قبضه من الثمن ، أو التنازل له عن حقوقه على المشتري وأما إذا تصرف فيه تبرعا فإنه يلتزم بقيمته وقت التبرع " .

فهذا النص يفترض أن وارث المودع لا يعلم أن الشيء المودع مملوك للغير ويعتقد أنه مملوك لمورثه فتصرف فيه بحسن نية باعتباره تركة مخلفة عن مورثه ، وقد فرق النص بين فرضين :

الفرض الأول :

إذا كان تصرف الوارث في الوديعة معاوضة كالبيع فإنه يلزم بأن يؤدي إلى المودع ما يكون قد قبضه ثمنا للشيء المودع ، أو أن يحول إليه ما

(١) محمد علي عرفه ٤٨٧ - محمد كامل مرسى ص ٤٠٥ .

عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشيء قبل المتصرف إليه . فهو لا يرد إلا الثمن بصرف النظر عن قيمة الوديعة رعاية لحسن نيته ، فإن كان لم يقبض الثمن بعد ، فحسبه أن يتنازل للمودع عن دعواه قبل المشتري . وهذا التنازل ضرورى لتمكين المودع من الرجوع على المشتري إذ بدونه لا يمكن الرجوع عليه نظرا لعدم وجود رابطة بينهما . كما أنه لا يستطيع أن يطالب المشتري حسن النية برد الشيء ، إذ يكون في وسعه أن يتحصن وراء قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز .

الفرض الثانى :

. وهو الذى يتبرع فيه الوارث بالوديعة ، فلا يكون ثمة مجال للرجوع على الموهوب له إن كان حسن النية . وفى هذه الحالة رأى المشرع ألا يضحي بالمودع فى سبيل الوارث الذى يعتبر على أى حال مهملًا فى عدم تحرى حقيقة الشيء قبل أن يقدم على التبرع . ولذا ألزم الوارث بأن يدفع للمودع قيمة الوديعة وقت التبرع . فإن زادت قيمة الوديعة عند طلب الرد ، فلا يلزم الوارث إلا قيمتها وقت التبرع لأن نيته انصرفت إلى التبرع بهذه القيمة فقط فلا يتحمل بأكثر منها . ويسرى هذا الحكم أيضا إذا استهلك الوارث الوديعة على جهل منه بحقيقتها ^(١) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وهناك حالة نص عليها التقنين الحالى فى المادة ٦٠٣/٤٩٤ تشبه فى حكمها ما يترتب على هلاك الشيء تحت يد الوديع بدون تقصير منه .

(١) محمد على عرفه ص ٤٧٧ .

وهى حالة وارث الوديع الذى لا يعلم أن الشئ وديعة ، فيعتقد أنه مملوك لمورثه ، ويتصرف فيه بحسن نية إلى آخر ، فنص عليها المشروع في المادة ١٠٠٤ فقرة ثانية . و فرق بين ما إذا كان تصرف الوارث معاوضة أو تبرعا ففى الحالة الأولى أجرى عليه حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٠٤ أى أنه ألزمه بأن يودى إلى المودع ما يكون قبضه ثمنا للشئ المودع ، أو أن يحول إليه ما عسى أن يكون له من حقوق بشأن ذلك الشئ قبل المتصرف إليه . أما فى الحالة الثانية حيث يكون الوارث حسن النية قد تصرف بغير مقابل ، فلم يقبض شيئا حتى يوديه إلى المودع . ولم يثبت له حق قبل الغير حتى يحوله إلى المودع ، ولذلك قارن المشروع بين كل من المودع والوارث والمترع إليه (حيث يجوز لهذا أن يتمسك بكسب الملكية) ، فوجد أن أولاهم بالرعاية المترع إليه ، ثم المودع وأقلهم استحقاقا للرعاية الوارث ، فألزمه بأن يرد إلى المودع قيمة الشئ. غير أنه فى كل ذلك لم يغب عنه احتمال أن يكون المودع أولى بالرعاية من المتصرف إليه ، فنص على أنه إذا كان للمودع فى استرداد الشئ ذاته مصلحة تفوق كثيرا مصلحة من آل إليه هذا الشئ ، جازله أن يطالب برد الشئ ، على أن يرد الثمن والمصروفات " (١).

٤١- لمن ترد الوديعة ؟

تنص المادة ٧٢٢ مدق على أنه : " يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع إلخ " .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٥٦ .

فالأصل أن الوديع يلتزم برد الوديعة إلى المودع شخصيا . وهو في تأدية هذا الالتزام ليس مطالبا بأن يتحرى ملكية المودع لما أودعه عنده . غير أن عدم تحرى ملكية المودع للوديعة لا يحول دون الثبوت من شخصيته . فكتيرا ما يقع في العمل أن يحصل الإيداع عند شخص لا تربطه بالمودع أية صلة شخصية . وذلك كإيداع المعاطف وفراء السيدات والعصى في المحلات العامة كالمسارح والمطاعم والمقاهى وغيرها ، وإيداع النقود والأوراق المالية في البنوك وصناديق التوفير . ففي مثل هذه الحالات يتعين على الوديع أن يتحقق من شخصية المودع قبل تسليمه الوديعة حتى لا يخطئ بردها إلى غير المودع . فيتعرض لمطالبة بالتعويض من المودع الحقيقي لعدم إمكان الرد .

ومبلغ الدقة في الثبوت من شخصية المودع يختلف باختلاف الأحوال وظروف الوديعة . ففي الحالات التي يزود فيها المودع كدليل على الإيداع ببطاقة لا تحمل اسمه ولكنها تحمل رقما لتمييز الوديعة ، يكون الوديع في حل من أن يسلم الوديعة لمن يقدم إليه هذه البطاقة التي تعتبر بمثابة سند لحامله ، يكفي مجرد تقديمه لتسليم الوديعة لحاملها . ولا يكون للمودع الحقيقي إلا أن يلوم نفسه إن كان قد تسبب بإهماله في ضياع البطاقة ، وتمكين غيره من التقدم بها إلى الوديع الذي لا يستطيع في الغالب أن يثبت من شخصية المودعين جميعا لكثرتهم ^(١) .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٧٨ .

أما في الأشياء الثمينة ، كالجواهرات والمصاغ والنقود ، فإنه يجب أن يكون لدى الوديع قدر معين من الحيلة ، فيتحرى قبل أن يسلم الوديعة أن من يتقدم بالتذكرة هو صاحبها ^(١).

أما إذا كان الدليل على الإيداع إيصالا باسم المودع ، فإنه يكون على الوديع أن يتحرى الدقة في الثبوت من أن من يتقدم إليه بهذا الإيصال هو المودع شخصيا، بأن يستعين في ذلك ببعض الأوراق الرسمية التي تثبت شخصيته كالبطاقة الشخصية أو جواز سفر أو رخصة قيادة سيارة أو ما شابه ذلك ، أو بأن يتأكد من شخصيته بواسطة شخص معروف للطرفين. ولا يعفى الوديع من المسئولية تسليم الوديعة إلى شخص يقدم إليه إيصالا ببرد الوديعة أحكم فيه تقليد المودع . إلا أنه إذا قدم مع هذا الإيصال المزور إيصال تسليم الوديعة إلى الوديع ، وكان هذا الإيصال قد تسرب إلى يده بخطأ من المودع ، كان رد الوديعة إليه صحيحا ميراثا للذمة ^(٢).

٤٢ هل يجوز رد الوديعة لفأب المودع ؟

إذا كان المودع وكيلا يعمل لحساب الغير ، فلا يكون له حق المطالبة ببرد الوديعة ، إنما يكون هذا الحق للموكل وحده . ولا يستثنى من ذلك إلا أن يكون الوكيل موكلا باستلام الوديعة من الوديع، فإذا سلم الوديع

(١) السنهاورى ص ٩٤٣ .

(٢) السنهاورى ص ٩٤٢ هامش (٢) واستئناف مختلط ٢١ أبريل سنة ١٩٢٧ الذى أشار إليه .

الوديعة إلى وكيل المودع - دون هذا التوكيل - كان وفاء غير صحيح ولا يبرئ ذمة الوديع . ويجوز للموكل مطالبة نائبة برد الوديعة .

أما إذا كان النائب عن الغير نائبا قانونيا ، كالولي والوصي والقيم ووكيل الغائب ، وهو الذى أودع الوديعة لدى الوديع . فإذا كان المودع عند رد الوديعة قد استكمل أهليته بأن بلغ سن الرشد أو رفع الحجر عنه ، فإن الرد لا يجوز إلا للمودع نفسه دون النائب ، وإلا كان الرد غير مبرر لذمة الوديع .

أما إذا كان المودع ما زال ناقص الأهلية ، فإن الرد يكون لنائبه ، ويرئ هذا الرد ذمة الوديع . ويجب على الوديع التحقق من صفة النائب وقت الرد . فإن تعذر عليه ذلك وجب عليه أن يودع الوديعة خزانة المحكمة أو أى مكان معد لحفظ الودائع .

وعلة ذلك ظاهرة ، وهى أن زوال صفة النائب فى هذه الحالة لا يجعل له حقا فى المطالبة بما أودعه نيابة عن غيره .

ولنفس هذه العلة ، يتعين على الوديع أن يمتنع عن رد الوديعة إلى المودع الذى زالت صفته بعزله ، لا باكتمال أهلية من كانت له النيابة عنه . فيكون صاحب الحق فى طلب رد الوديعة فى هذه الحالة هو الشخص الذى آلت إليه سلطة النائب المعزول .

٤٣. تغير أهلية المودع قبل الرد :

إذا تغيرت أهلية المودع بعد الإيداع وقبل الرد ، كان يكون قد حجر عليه ، فإن هذا الحجر يمنع من رد الشئ المودع إلى المودع ، لأن الوفاء لناقص الأهلية لا يبرئ ذمة المدين ، ومن ثم يجب أن يتم الرد للقيم على المودع .

٤٤ اشتراط المودع رد الوديعة إلى شخص من الغير :

قد يعين المودع شخصا أجنبيا ويشترط رد الوديعة إليه ثم يقبل هذا الشخص ما اشترطه المودع .

وفي هذه الحالة لا يثور شك في وجوب رد الوديعة إلى هذا الشخص .
ولكن ما هو الحل إذا توفي هذا الشخص، ومن هو الشخص الذي ترد إليه الوديعة ؟

والحل هو في الرجوع إلى القواعد العامة ، فيتعين الرجوع إلى قصد المودع من تضمين العقد مثل هذا الشرط مما يتعين معه الكشف عن هذا القصد . فإن قصد المودع من تعيينه هذا الشخص لاستلام الوديعة مجرد توكيل هذا الغير في ذلك ، فيجب رد الوديعة إلى ورثة المودع ، إذ يتوفى المودع وهي باقية على ذمته فتدخل في تركته ويتعلق بها حق الورثة .

أما إذا تبين العكس ، وكان المودع قد قصد أن يضمن عقد الوديعة اشتراطا لمصلحة الغير ، فإن المتفجع يكون هو صاحب الحق في تقرير مصير الوديعة ، إن شاء أقر ما اشترط لمصلحته فيثبت بذلك حقه في الوديعة ، وإن شاء رفضه فتكون للورثة (م ١٥٤) ولا يكون لهؤلاء حيلة في هذا الأمر ، لأن وفاة المشتري تثبت حق المتفجع الذي يستفيده من عقد الوديعة مباشرة ، لا من قبوله للشرط الوارد فيه . كما لا يكون لهم أن ينقضوا ما استقر عليه قصد مورثهم حتى وفاته ، لأن النقض حق شخصي للمشتري لا ينتقل لورثته . وهذا هو الرأي السائد في الفقه . وهو ما أقره المشرع في القانون المدني الجديد (مادة ١٥٥) ^(١) .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٨٦ .

ويقع على عاتق المنتفع إثبات أن العقد يتضمن رد الوديعة إليه باعتباره منتفعا ، فيكون على الورثة إثبات أن هذا الغير لم يعين إلا بصفته وكيلًا وبالتالي لا ترد الوديعة إليه .

٤٥ رد الوديعة في حالة وفاة المودع :

إذا توفي المودع قبل رد الوديعة انتقل حقه في طلب ردها إلى ورثته . ويكون الرد لكل منهم بمقدار نصيبه في الإرث .

فإذا كانت الوديعة قابلة للانقسام كمبلغ من النقود مثلا ، تعين على الوديع أن يرد إلى كل وارث ما يستحقه في هذا المبلغ .

وإذا كانت الوديعة غير قابلة للانقسام كسيارة أو حيوان مثلا ، وجب على الورثة أن يتفقوا فيما بينهم على أن يتسلموا جميعا الوديعة ، أو على أن يتسلمها أحدهم يقومون بتعيينه ، أو لمن تقع الوديعة في نصيبه نتيجة للقسمة الصحيحة^(١) .

فإذا لم يتوصلوا إلى هذا الاتفاق فيما بينهم ، فإن عليهم أن يحصلوا على إذن من القاضى باستلام الشئ المودع ، فإذا لم يفعلوا كان للمودع عنده أن يودع الشئ في محل مخصص للأمانات بحسب طبيعته ، وتراً ذمة الوديع بهذا الإيداع .

أما إذا قام الوديع برد الوديعة إلى أحد الورثة فقط ، كان لباقي الورثة مطالبة بالتعويض المناسب لنصيبهم ، ولهم إثبات واقعة الرد لأحدهم فقط بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن .

(١) السهورى ص ٩٤٤ - محمد على عرفه ص ٤٧٩ .

ويجب على الورثة عند طلبهم رد الوديعة تقديم الدليل على صفتهم ومقدار نصيب كل منهم في التركة ، ويكون ذلك عادة بتقديم المستندات اللازمة للتحقق من أهليتهم .

ويجوز رد الوديعة للوارث الظاهر ، مادام الوديع حسن النية ويعتقد أن من تسلم الوديعة هو الوارث الحقيقي ، ويكون الرد ميرثا لزمته . ثم يرجع الوارث الحقيقي على الوارث الظاهر الذي تسلم الوديعة .

وتسرى الأحكام المتقدمة في حالة تعدد المودعين ، فإنه يجب تسليم الشئ إليهم معا ، إلا إذا عينوا وكلا عنهم . على أنه إذا كان الشئ قابلا للقسمة جاز لكل منهم المطالبة بحصته^(١) .

وإذا طلب شخص من الغير إلى القاضى أن يلزم المودع عنده بإيداع الشئ لمصلحة له يدعيها أو يطالب بها ، جاز للقاضى أن يأمر المودع عنده بالإيداع في المحل المخصص للأمانات .

وللوديعة رفع الأمر للقاضى إذا وجد أشخاصا موصى لهم بنصيب في التركة ، أو كانت التركة في حالة إعسار^(٢) .

٤٦ وقت الرد :

رأينا أن المادة ٧٢٢ مدنى تقضى بأنه : " يجب على المودع عنده أن يسلم الشئ إلى المودع بمجرد طلبه إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع عنده .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٤ .

(٢) محيى الدين علم الدين ص ١٦٦ وما بعدها .

وللمودع عنده أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع " .
فالوديع يلتزم برد الوديعة إلى المودع بمجرد ظنه إلا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع .

والأصل أن الأجل في الوديعة معين لمصلحة المودع ، فيحوز له إذن أن يطالب بردها ولو قبل حلول الأجل المتفق عليه صراحة أو ضمنا ، وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني أنه :
" والأصل أن الأجل في الوديعة معين لمصلحة المودع ، فيحوز له أن ينزل عن حقه ، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل " (١) .

أما إذا كان قد روعى في تحديد الأجل مصلحة الوديع ، فإن في مفاجأته يطلب الرد مضايقة له كما قد يتضمن إضرارا به ومن ثم يحق له رفض تلبية طلب الرد قبل حلول الأجل المحدد . والقول بغير ذلك يحمل الوديع أعباء لم يكن في نيته أن يتحمل بها عند قبول الوديعة ، ويخالف بذلك ما قصد إليه العاقدان (٢) . ومثل الأجل الذى روعى فيه مصلحة الوديع أن يكون مصرحا للوديع باستعمال الوديعة (٣) .

وأجازت الفقرة الثانية للوديع أن يلزم المودع بتسلم الشيء في أى وقت إلا إذا ظهر من العقد أن الأجل عين لمصلحة المودع .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦٣ الهامش .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٨٨ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦٣ .

وتطبيقا لهذا النص يجوز للوديع الرجوع في الوديعة بإرادته المنفردة في حالتين هما .

١- إذا كان مأذونا في استعمال الوديعة ، أو كان الأجل بوجه عام معينا في مصلحة الوديع .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدني يتضمن مادة برقم (١٠٠) تنص في فقرتها الثانية على أن : " ويجوز له ذلك "رد الوديعة" أيضا إذا اتضح من العقد أن تحديد الأجل كان لمصلحته هو " وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " ويكون إلغاء الوديعة إما من جانب المودع ، وإما من جانب الوديع (المادتان ١٠٠٨/١٠٠٩) والأصل أن الأجل في الوديعة معين لمصلحة المودع ، فيحوز له أن ينزل عنه ، وأن يطلب رد الوديعة قبل حلول الأجل ، إلا إذا كان الوديع مأذونا في استعمال الوديعة ، أو كان الأجل بوجه عام معينا في مصلحة الوديع ، فيمتنع إلغاء الوديعة بإرادة المودع . ويتوقف على إرادة الوديع " - إلا أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة ^(١).

٢- إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع ، وتعتبر على الوديع أن يستمر حافظا للوديعة لأسباب مشروعة . بشرط أن تكون الوديعة بغير أجر . إذ يكون الوديع في هذه الحالة متبرعا ، ولا يصح أن يضار بتبرعه ^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٦١ الماش وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٦٣ الماش .

وكانت المادة ١٠٠٩ من المشروع التمهيدى سالف الذكر تنص في فقرتها الأولى على أنه : " إذا كانت الوديعة دون أجر ، وتعذر على الوديع أن يستمر حافظا للوديعة لأسباب طارئة مشروعة ، جاز له أن يرد الوديعة قبل الأجل المتفق عليه " .

ويشترط لإلغاء الوديعة من جانب الوديع في الحالتين السابقتين ، ألا يستعمل الوديع هذا الحق في وقت غير ملائم للمودع ^(١).

٤٧. مكان الرد :

كانت الفقرة الثانية من المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى (المقابلة للمادة ٧٢٢ من القانون) تنص على أن : " ويرد الشئ في المكان الذى يجب فيه حفظه إلخ - وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ويكون الرد في المكان الذى كان يجب فيه حفظ الشئ " إلا أن هذه الفقرة حذفت في لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " ^(٢).

والقواعد العامة تقضى بحكم النص المحذوف إذ نصت الفقرة الأولى من المادة ٣٤٧ مدنى على أنه : " إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات ، وجب تسليمه في المكان الذى كان موجودا وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " . فالأصل أن الدائن يسعى إلى المدين لاستيفاء الدين إلا إذا نص القانون أو اتفق الطرفان على خلاف ذلك . فإذا اتفق المتعاقدان على تحديد مكان معين لرد الوديعة فيه ، كان هذا المكان هو مكان رد الوديعة ، وإذا اتفق على أن يكون محل رد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦٣ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٥٢ وما بعدها .

الوديعة في محل المودع ، تحمل المودع بسائر المصاريف التي ينفقها المودع في هذا السبيل إذ يفترض في الطرفين أنهما قصدا ذلك .

ويموز للمودع في هذه الحالة التنازل عن هذا الشرط والذهاب لاستلام الوديعة في محل المودع تفادياً للمصاريف ، و لا يكون للمودع الممانعة في ذلك لأن هذا الشرط لم يوضع لمصلحته .

أما إذا لم يستفد الطرفان على تحديد مكان لرد الوديعة ، تحدد هذا المكان بالجهة التي يكون فيها الشيء وقت المطالبة ^(١).

غير أنه إذا تعمد المودع وضع الشيء في مكان قصي نكاية بالمودع ، كان لهذا الأخير أن يطالبه برد الشيء في نفس المكان الذي حصل فيه الإيداع ابتداء حتى يرد إليه قصده .

أما إذا كانت الوديعة ناقصة ، فإنها تكون ديناً في الذمة إذ يجب رد مثلها لا عينها ، ومن ثم يكون الرد في المكان الذي يوجد فيه موطن المودع عنده وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بهذه الأعمال (م ٢/٣٤٧ مدق) ^(٢).

٤٨. مصاريف الرد :

كانت المادة ١٠٠٣ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص في فقرتها الثانية على أن : " ويرد الشيء ... وتكون مصروفات الرد على المودع . كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك " ، وقد جاء عنها

(١) محمد علي عرفه ص ٤٨٩ - محمد كامل مرسى ص ٤١١ .

(٢) السنهوري ص ٩٥٠ .

بمذكورة المشروع التمهيدى أنه : " ويكون الرد وتكون مصروفاته على المودع " ، إذ يفرض في الطرفين أنهما قصدا ذلك . أما إن اتفقا على غيره فيتبع " ، إلا أن هذا النص حذف بلجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد العامة " ^(١) .

والقواعد العامة تقضى بأن تكون نفقات الوفاء على المدين إذ تنص المادة ٣٤٨ مدنى على أن : " تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك " ، ومن ثم كان مقتضى هذه القواعد أن تكون مصاريف الرد على الوديع ما لم يتفق على غير ذلك . ولكن الوديعة تكون عادة دون أجر أو بأجر زهيد ، وعلى كل فهى ليست من عقود المضاربة ، لذلك يمكن أن يستخلص فى يسر أن نية المتعاقدين قد انصرفت إلى أن تكون مصروفات الرد على المودع ، وهو ما أشارت إليه مذكرة المشروع التمهيدى ، وذلك حتى لا يجتمع على الوديع عبء حفظ الوديعة ، وعبء تحمل مصروفات ردها . غير أن هذا لا يمنع الطرفين من الاتفاق على تحمل الوديع مصاريف الرد ^(٢) .

٤٩. موانع الرد المشروعة :

الأصل أن امتناع الوديع عن رد الوديعة يعتبر خطأ موجبا للتعويض ، ما لم يقيم الدليل على هلاك الوديعة دون تقصير منه بالتفصيل الذى ذكرناه سلفا . ومع ذلك فهناك حالات يتعين فيها عليه أن يمتنع عن رد

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٥٢ وما بعدها .

(٢) السهورى ص ٩٥٠ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٤١١ .

الوديعة رغم توجيه طلب الرد إليه حتى لا تنعقد مسؤوليته قبل الغير . وفي مثل هذه الحالات يكون امتناعه عن الرد مشروعاً ولا يكون للمودع سبيل إلى مواخذته .

وهذه الحالات هي :

١- حجز ما للمدين لدى الغير :

يجوز لدائن المودع أن يحجزوا على الوديعة تحت يد الوديع توطئه لتثبيت الحجز واستيفاء ديونهم من ثمنها عملاً بالمواد ٣٢٥ مرافعات وما بعدها .

وبالتالي يترتب على إعلان الوديع بالحجز الامتناع في الحال عن رد الوديعة إلى المودع وإلا كان وفاؤه خطأ ولزمه الوفاء مرة ثانية للدائنين بعد الحكم بصحة الحجز لمصلحتهم .

٢- اعتراض الغير على الرد :

يذهب رأى إلى أنه إذا اعترض الغير على رد الوديعة إلى المودع ، بأن ادعى ملكية الوديعة، وأخطر الوديع بعدم رد الوديعة إلى المودع حتى تثبت ملكيتها له .

أو إذا حصل هذا الاعتراض برفع دعوى الاستحقاق على الوديع . أو إذا حصل هذا الاعتراض من أقارب المودع الذين تقدموا بطلب الحجز عليه لعارض من عوارض الأهلية .

فإنه في مثل هذه الحالات يجب على الوديع الامتناع عن رد الوديعة إلى المودع حتى يزول الاعتراض على حقه في استلام الوديعة . غير أنه إذا ثبت تواطؤ الوديع مع الغير على الممانعة في الرد جاز للمودع مطالبة الوديع بتعويض عن التأخير في الرد .

ولا يلزم لعدم الرد رفع دعوى أو توقيع الحجز على الوديعة بل يكفى بمجرد إنذار الوديع بعدم الرد ^(١). فإذا لم يمثل حق للمعترض مطالبة بالتعويض في حالة ثبوت حقه .

ويجوز للوديع في هذه الحالة إيداع الشئ المودع بمحل للأمانات لحساب من يثبت له الحق فيه من الأطراف المتنازعين .

وإذا رفعت دعوى الاستحقاق أو الاسترداد على الوديع كان له أن يطلب إخراجه من الدعوى بمجرد أن يثبت كونه وديعا فقط ، ولا يتحمل عندئذ شيئا من مصاريف الدعوى .

وقد كانت المادة ١٠٠١ من المشروع التمهيدي تنص على أنه : " إذا حجزت الوديعة تحت يد الوديع أو رفعت عليه دعوى استحقاقها ، وجب عليه أن يخطر المودع بذلك فورا ، وجازله أن يحصل على ترخيص في إيداعها على ذمة من يثبت له الحق فيها " إلا أنها حذفت في لجنة المراجعة " لعدم ضرورتها " ^(٢).

بينما ذهب رأى آخر - نويده - إلى أنه لا يكفى للامتناع عن رد الوديعة بمجرد أن يدعى شخص من الغير حقا عليها، بل لابد أن يصل هذا الادعاء إلى حد الحجز على الشئ المودع تحت يد الوديع، أو إقامة دعوى الاستحقاق ضده ^(٣) .

(١) السنهاورى ص ٩٤٨ - محمد على عرفه ص ٤٩٠ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٤٧ .

(٣) محي الدين علم الدين ص ١٦٩ .

٣- حق الحبس :

تقضى المادة ٢٤٦ مدى بأن : " ١- لكل من التزم بأداء شئ أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقوم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشئ أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يتمتع عن رد هذا الشئ حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " ، وعلى ذلك يكون للوديع أن يحبس الشئ المودع حتى يستوفى ما أنفقته من المصروفات الضرورية أو النافعة على الشئ المودع ، أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشئ المودع ، وكذا ما يستحق للوديع من أجر - إذا كانت الوديعة مأجورة - أو ما يستحق له من تعويض عن ضرر لحق به بسبب الوديعة ، فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة ، وبالتالي لا يجوز للوديع حبس الشئ المودع لحين استيفائه .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مفاد نص المادة ٢٤٦ من القانون المدق أن المشرع لا يكتفى في تقرير حق الحبس بوجود دينين متقابلين ، وإنما يشترط أيضا قيام ارتباط بينهما . وفى الوديعة لا يكون للمودع لديه أن يحبس الشئ المودع إلا مقابل استيفائه المصروفات الضرورية أو النافعة التي يكون قد أنفقها على ذات هذا الشئ . أما المصروفات التي لا تنفق على ذات الشئ المودع فإن التزام المودع بها لا يكون مرتبطا بالتزام المودع لديه برد الوديعة وبالتالي لا يسوغ للمودع لديه أن يتمتع عن رد الوديعة عند طلبها بحجة

اقتضاء مثل هذه المصروفات . فإذا كان الدين الذى اعتبر الحكم المطعون فيه أن للطاعن الحق فى حبس السيارة حتى يستوفيه يتمثل فى قيمة أجرة السائق التى قام المطعون عليه بدفعها عن المودع وبتكليف منه فإن هذه الأجرة لا تدخل فى نطاق المصروفات التى تجيز للمودع لديه حق الحبس لاستيفائها " .

(طعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

وإذا لم يتم الوفاء للوديع بما يستحق له من مصروفات ضرورية أو نافعة كان له أن يوجه إنذارا إلى المودع ببيع الشئ المودع وفى أن يستعمل المبلغ الناتج من البيع فى استعمال حقه بالامتياز على الدائنين الآخرين للمودع طبقا للمادة ١١٤٠ مدق التى تجرى على أن :

" ١ - المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزمه من ترميم يكون لها امتياز عليه كله .

٢ - وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المنقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها" (١) .

٣- موانع غير مشروعة للرد :

لا يجوز للوديع الامتناع عن الرد فى الحالتين التاليتين ، وإلا كان امتناعه غير مشروع ، وكان متخلفا عن الوفاء بالتزامه بالرد ، وجاز للمودع مطالبته بالتعويض .

(١) محي الدين علم الدين ص ١٦٨ وما بعدها .

١- الاحتجاج بالمقاصة :

لا يجوز للوديع الاحتجاج بالمقاصة بين دين الوديعة ودين له في ذمة المودع ، لأن المقاصة لا تجوز في هذه الحالة ، فالمقاصة لا تكون إلا بين المثليات ، والشئ المودع يعتبر شيئا معنا بالذات اتتمن عليه الوديع عنده ، حتى لو كان من المثليات .

وقد حظرت صراحة الفقرة (ب) من المادة ٣٦٤ مدني المقاصة في هذه الحالة إذ نصت على أن : " تقع المقاصة في الديون أيا كان مصدرها وذلك فيما عدا الأحوال الآتية :

(ب)- إذا كان أحد الدينين شيئا مودعا أو معارا عارية استعمال وكان مطلوبا رده " .

أما الوديعة الناقصة فتجوز فيها المقاصة لأنها تعتبر قرضا .

٢- عدم رد إيصال الأمانة :

لا يجوز التعلل في عدم رد الوديعة بعدم رد المودع إيصال الأمانة ، إذا أبدى المودع استعداده لتحرير إيصال باستلام الأمانة . وتطبيقا لذلك لا يجوز للبنك أن يمتنع عن رد الأوراق المالية التي أودعها أحد عملائه بحجة عدم رد الإيصال المثبت للإيداع ، مادامت شخصية العميل معروفة لديه ، وأنه أبدى استعداده لتحرير مخالصة للبنك . وذلك لأن هذه المخالصة تكفي ، في حالة التثبت من شخصية العميل ، لإثبات براءة ذمة البنك . فيكون التعلل بعدم رد الإيصال ماطلة وتسويقا دون مسوغ مشروع^(١).

(١) محمد علي عرفه ص ٤٩٢ .

جزاء الإخلال بالتزام الرد :

٨١ـ (أ) - جزاء ملغى :

١- دعوى الاسترداد :

إذا لم يرد الوديع الشيء المودع إلى المودع ، دون أن يستند في ذلك إلى سبب مشروع من الأسباب التي تناولناها فيما تقدم ، كان للمودع الحق في مطالبته برد الوديعة ، بدعوى يطلق عليها دعوى الاسترداد ، وهي دعوى شخصية تنشأ من عقد الوديعة ذاته .

وللمودع المطالبة في هذه الدعوى برد الوديعة وملحقاتها وممارها .
وإذا توفى الوديع رفعت الدعوى على ورثته .

وإذا كان الشيء المودع في حيازة أحدهم فقط رفعت عليه الدعوى وحده .

أما من لم يكن الشيء المودع في يده ، فيحوز رفع دعوى الاسترداد عليه ولكن بمقدار نصيبه .

ولا يكون الورثة أو الودعاء متضامنين في الالتزام بالرد ، إلا إذا كانت الودائع حرفة تجارية لهم .

وإذا كان الشيء مودعا في مكان معلوم فإن المودع يستطيع الالتجاء إلى القاضى ليحصل منه على أمر بفتح المكان واستلام الشيء خاصة إذا كان المودع عنده غائبا في مكان غير معروف ^(١).

(١) السهوري ص ٩٥٣ - محي الدين علم الدين ص ١٧٠ .

٢- دعوى الاسترداد العينية (دعوى الملكية) :

إذا كان المودع مالكا للشئ المودع جازله أن يرفع دعوى الاسترداد العينية وهى دعوى الملكية . وله فى سبيل ذلك أن يوقع على الشئ المودع إذا كان منقولاً حجزاً تحفظياً تطبيقاً لأحكام المادة ٣١٨ مرافعات التى تقضى بأن " لمالك المنقول أن يوقع الحجز التحفظى عليه عند حازره " .

وتتميز دعوى الاسترداد العينية بأنها لا تسقط بالتقادم ، وبالتالي يستطيع المودع رفعها بعد مضى أكثر من خمس عشرة سنة على إهماله والمطالبة برد الوديعة تنفيذاً للعقد . ولا يجوز للورثة أن يتمسكوا باكتساب ملكية الوديعة بالتقادم لكون يدهم على الشئ يد عارضة ، والحائز العرضى لا يكتسب الملكية بالتقادم أبداً (م ٩٧٣ مدنى) ، إلا إذا غير الحائز نيته وبين بوضوح أنه يحوز الشئ كمالك .

٣- دعوى التعويض :

ذكرنا سلفاً أنه إذا تعذر على الوديع رد الوديعة عينا لسبب يرجع إليه، كان للمودع مطالبته بالتعويض ، وأنه يقضى له بقيمة الشئ المودع وقت الرد ، فإذا زادت القيمة أثناء نظر الدعوى ، وجب رد القيمة وقت الحكم .

وأنه إذا كانت الوديعة من المثليات ، جاز للمودع بدلا من المطالبة بالتعويض التقدى المطالبة برد مثل الشئ المودع .

ونضيف هنا إلى أنه يجوز للمودع المطالبة بتعويض الأضرار التى لحقت به نتيجة تأخير رد الوديعة أو تعييبها .

كما يجوز في حالتي الغش والخطأ الجسيم أن تزداد قيمة التعويض عن هلاك الوديعة ، إذ كان هناك اتفاق بين الطرفين على تقوم الوديعة .

كما أشرنا من قبل إلى أنه إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود فإن المودع يسترد مثل قيمة هذه النقود مع الفوائد القانونية من وقت الإعذار لا المطالبة القضائية .

٥٢- (ب) جزاء جنائي :

يعاقب الوديع إذا تصرف في الوديعة ولم يردها إلى صاحبها بعقوبة جرعة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة ٣٤١ مدق ، لأنه أضر بصاحب الوديعة ، وهذه العقوبة هي الحبس الذي لا تزيد مدته على ثلاث سنوات . ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه .

وذهبت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - إلى أن هذه العقوبة توقع على الجاني ولو كانت الوديعة بمقتضى نص في القانون .

إذ ذهبوا إلى أن :

" السوارث الذي يتسلم العقود التي كانت مسلمة على سبيل الوديعة لأبيه قبل وفاته ، وهو عالم بذلك ، يعتبر وجود هذه العقود لديه على سبيل الوديعة كذلك ، مادامت يده عليها ، بمقتضى حكم القانون ، يد أمانة تتطلب منه أن يتعهدا بالحفظ كما يحفظ مال نفسه ويردها بعينها عند أول طلب من صاحبها . أو بعبارة أخرى تتطلب منه القيام بجميع الواجبات التي فرضها القانون في باب الوديعة على المودع لديه . ولا يقلل من صدق هذا النظر أنه لم يباشر مع المجني عليه عقد وديعة ، وأن العقد الذي أنشأها إنما كان مع أبيه فينتهي بموته . وذلك لأن القانون حين

عرف جريمة خيانة الأمانة في المادة ٣٤١ ع لم ينص على أن تكون الوديعة ، باعتبارها سبباً من الأسباب التي أوردتها على سبيل الحصر لوجود المال المختلس لدى المتهم ، وليدة عقد ، بل اكتفى في ذلك بعبارة عامة ، وهى أن يكون تسلم المال قد حصل على "وجه الوديعة" مما يستوى فيه بالبدهة ما يكون منشؤه التعاقد وما يكون مصدره القانون".

(طعن رقم ٥١٩ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٢/٨)

كما ذهبت إلى أن :

"من المقرر أن مجرد إخلال الطاعن بما فرضه عليه عقد الوديعة من التزامه بالمحافظة على المنقولات لحين ردها لا يفيد بذاته ارتكابه جريمة التبديد ، بل لا بد أن يثبت أن مخالفته لهذا الأمر قد أملاه عليه سوء القصد ونجم عنه ضرر بالمجنى عليها " .

(طعن رقم ٢٢٤١١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٦)

كما يعاقب المودع بالعقوبة المقررة لجريمة النصب ، لأنه قد أضر بالشخص الذى تصرف إليه ، بالتصرف فيما لا يملكه .

وعقوبة هذه الجريمة الحبس (الذى لا تتجاوز مدته ثلاث سنوات) وغرامة لا تتجاوز خمسين جنيها مصريا أو إحدى هاتين العقوبتين فقط (مادة ٣٣٦ عقوبات) .

والعقوبة المقررة لجريمة التبديد هى الأشد .

موضوع رقم (٥)

(التزامات المودع)
(الالتزام الأول)
(دفع الأجر إلى الوديع)

٥٢- النص القانوني :

المادة (٧٢٤) مدق :

" الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر ، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " .

٥٤- حالة عدم الاتفاق على أجر :

أوضحت المادة أن الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر . وعلى ذلك إذا لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني بين المودع والوديّع على تقاضى الأخير أجرا عن الوديعة ، كانت الوديعة غير مآجورة ، والوديّع متبرعا . وتكون الوديعة من عقود التبرع . هذا فضلا عن أن الوديعة لو كانت مآجورة أيضا فإنها لا تدخل في عقود المضاربة .

٥٥- حالة الاتفاق على أجر :

ظاهر من نص المادة ٧٢٤ أن المشرع لم يعتبر المجانية من مستلزمات الوديعة ، وإن جعلها هى الأصل ، ومن ثم فإنه يجوز الاتفاق بين المودع والوديّع على أجر يتقاضاه الأخير .

وهذا الاتفاق كما يكون صريحا ، يكون ضمنيا ويستتج ضمنا من ظروف الوديّع وحرفته . ويفترض في الأشخاص الذين يتخذون من قبول

الودائع حرفة لهم ، كمخازن المفروشات والمحصولات والجراجات العامة
أنهم مأجورون على عملهم لأن ذلك من مستلزمات مهنتهم^(١).

٥٦. هل يلزم المالك الحقيقي بدفع الأجر ؟

الأجر المتفق عليه صراحا أو ضمنا للوديع يلزم به المودع ولو لم يكن
مالكا . ولا يجوز للوديع مطالبة المالك بهذا الأجر ، لأنه لم يكن طرفا
في الاتفاق فلا يحتاج به عليه من جهة ، ولأن من جهة أخرى لم يفد من
هذا الإيداع شيئا ، فلا يكون من العدالة أن يطالب بأجر عنه^(٢).

٥٧. وقت الوفاء بالأجر :

تنص المادة ٧٢٤ مدني على أنه إذا اتفق على أجر وجب على المودع
أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة . غير أن هذا الحكم مما لا يتعلق بالنظام
العام فيجوز الاتفاق على ميعاد آخر للوفاء بالأجر .

فقد يتفق على الوفاء به جملة واحدة وقت العقد أو بعد مدة معينة قبل
رد الوديعة أو دفعه على أقساط في مواعيد محددة . أما إذا انتفى هذا
الاتفاق فإن المودع يلتزم بأداء الأجر وقت انتهاء الوديعة .

وإذا انتهت حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له ، فإن تطبيق القواعد
العامة يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه هو من
التزامه بحفظ الشيء، غير أنه إذا أظهر أن الطرفين قصدا غير ذلك فقصدما
أولى بالاتباع .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٩٧ - السنهاوري ص ٩٥٩ .

(٢) محمد علي عرفه ص ٤٩٦ .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" الأصل فى الوديعة أن تكون دون أجر ، إلا إذا نص فى العقد على أجر فيكون واجبا . وفى هذه الحالة إما أن يكون الأجر واجب الأداء دفعة واحدة ، فيصير مستحقا فى الوقت الذى ينتهى فيه حفظ الوديعة ، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك . وإما أن يكون مقسطا على فترات من الزمن ، فيستحق الأجر عن كل فترة فى نهايتها . وإذا انتهى حفظ الوديعة قبل الموعد المحدد له وكان هناك أجر متفق عليه ، فإن تطبيق القواعد العامة . يبيح للوديع أن يطالب من الأجر المتفق عليه بنسبة ما وفاه من التزامه بحفظ الشئ . غير أنه إذا ظهر أن الطرفين قصدا غير ذلك فقصدهما أولى بالاتساع : أنظر فى هذا المعنى المادة ٢/٦٩٩ من التقنين الألمانى " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦٠ وما بعدها .

(الالتزام الثانى)
(رد المصروفات إلى الوديع)

٥٨- النص القانونى :

المادة (٧٢٥ مدنى) :

" على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفقه فى حفظ الشئ ،
وعليه أن يعرضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة " .

٥٩- المصروفات التى ترد إلى الوديع :

أوضحنا سلفا أن الوديع ملزم بإتفاق المصاريف اللازمة للمحافظة على
الشئ . ومن ثم كان طبيعيا أن يحاسب المودع على هذه المصاريف لأنه
وحده الذى يفيد من حفظ الوديعة . وليس من العدالة فى شئ أن يتحمل
الوديع عبء النفقات التى اضطر إلى إتفاقها رعاية لمصالح المودع . وهذه
الاعتبارات نص المشرع صراحة على إلزام المودع بأن يرد إلى الوديع " ما
أنفقه فى حفظ الشئ " .

والمصروفات التى يلتزم المودع بدفعها إلى الوديع هى المصاريف
الضرورية لحفظ الشئ الحفظ العادى أو حفظه من التلف والهلاك ككرش
المنقولات بمبيد حشرى إذا كان يستلزم ذلك للمحافظة عليه وأجرة
المكان وأجر الحارس ، وغلف الحيوان وتزييت السيارة .

وينهيب رأى الراجح إلى التزام المودع بالمصاريف النافعة ، إذ لا
يعقل أن يكون المشرع قد أثبت الحق للحائز سئ النية فى الحصول على
هذه المصاريف من المالك (٩٢٥م مدنى) ، وينكر على الوديع هذا
الحق، مع كونه لا يمكن أن يكون فى مركز أسوأ من مركز الغاصب ،

كما أن حق استرداد المصاريف النافعة ثابت للفضولى أيضا (م ١٩٥ مدق). كما أن العدالة تقف إلى جانب هذا رأى ، إذ ليس من العدل أن يثرى المودع على حساب الوديع الذى يجب عدلا ألا يضار من تطوعه لخدمة المودع^(١).

وبهذا رأى أخذت محكمة النقض فى حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٣/٦/٢٧ فى الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٢٨ ق (منشور بئند ٤٩) .
ويلتزم المودع بالمصاريف النافعة طبقا للقواعد العامة ، بمعنى أن المودع يكون بالخيار بين دفع أقل القيمتين : قيمة ما أنفقه الوديع فعلا ، أو ما زاد فى قيمة الشئ بسبب هذه النفقات .

أما المصاريف الكمالية ، كمصاريف الزخرفة ، فلا يكون للوديع سبيل إلى المطالبة بها إذ لا مرر لإنفاقها ومن العنت أن يطالب المودع بها^(٢).

ولما كان هذا الالتزام ليس فى الواقع سوى تطبيقا للقواعد العامة فى الإنشاء على حساب الغير ، فإن من حق الوديع أن يطالب المالك، الذى ثبت حقه فى استرداد الوديعة ، بأن يوفى إليه سائر المصاريف الضرورية التى كان يضطر المالك نفسه إلى إنفاقها للمحافظة على الشئ لو بقى فى

(١) محمد على عرفه ص ٤٩٣ - السنهورى ص ٩٦٣ .

(٢) محمد على عرفه ص ٤٩٤ - محمد كامل مرسى ص ٤١٣ - وعكس ذلك

السنهورى ص ٩٦٣ ، فسرى أنه يجوز للوديع الرجوع بها طبقا للقواعد

العامة .

حيازته . كما أن له أن يستوفي المصاريف النافعة بشرط ألا تتجاوز مازاد في قيمة الشيء بسببها حتى لا يثرى المالك على حسابه دون سبب مشروع^(١).

٦٠- سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية :

لم يحدد المشرع موعداً معيناً لسريان الفوائد عن المصاريف المستحقة للوديع . ولا يمكن قياس هذه الحالة على الفوائد المستحقة عن المصروفات السي يدفعها الوكيل والتي تستحق من وقت الاتفاق ، لأن حالة الوكيل ورد بها نص خاص (٧١٠م مدني) وهو نص استثنائي لا يجوز التوسع في تفسيره أو القياس عليه ، ولو كان المشرع يريد أن يسوى في المعاملة بين الوكيل والوديع في هذا الصدد لما أعياه النص على ذلك صراحة في المادة ٧٢٥ . ومن ثم فإنه تطبق القواعد العامة في هذا الشأن ، فتسرى الفوائد المستحقة عن المصاريف التي يستحقها الوديع من تاريخ المطالبة القضائية ، سواء ما كان منها ضرورياً للمحافظة على الشيء أو نافعاً .

٦١- حالة تعدد المودعين :

إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين أمام المودع عنده في المسؤولية عن رد هذه المبالغ إليه لعدم وجود نص خاص على التضامن كالأشأن في الوكالة .

غير أنه يجوز أن ينص في العقد على ما يخالف هذه القاعدة أي على أن يكون المودعون متضامنين^(٢).

(١) محمد على عرفه ص ٤٩٦ .

(٢) السنيهورى ص ٩٦٥ - محي الدين علم الدين ص ١٧٥ .

(الالتزام الثالث)
(التعويض عن الضرر)

٦٢- حق الوديع في التعويض عما يصيبه من ضرر :

تنص المادة ٧٢٥ مدني على أن : " على المودع أن يرد إلى المودع عنده ما أنفق في حفظ الشيء ، وعليه أن يعرضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة " . ذلك أنه لما كان الوديع متبرعا ، أو متطوعا ، وجب ألا يضار من الوديعة . ولذلك نصت المادة على التزام المودع بتعويضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة . والالتزام هنا مصدره عقد الوديعة . فإذا كان في الشيء المودع عيب خفي كمرض معد في الحيوان أو حشرة بالغلل انتقل بالعدوى إلى حيوانات الوديع فتسبب عن ذلك هلاكها ، فالأصل أنه كان يجب على المودع أن يحظر الوديع بذلك ليتخذ الاحتياطات اللازمة ، فإذا لم يفعل كان مخطئا ، ومسئولا بالتالي عما يصب الوديع من ضرر . أما إذا كان الوديع علما بهذا المرض ، فإن لا مبرر للإخطار ولا مسؤولية على المودع .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيلي أنه :

" ... وكذلك قد يحدث أن الشيء المودع قد يتسبب في إلحاق خسارة بالوديعة كما إذا كان به عيب مما ينتقل بالعدوى إلى أموال الوديع . ففي هذه الحالة يكون المودع مسئولا عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك مادام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب ... إلخ " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦١ .

وحتى إذا كان المودع لا يعلم بالمخاطر التي يتضمنها الشيء المودع فإنه يسأل أيضا عن الأضرار التي تصيب الوديع ، إذ أن جهله بوجودها لا يسنف وجودها ، وتحمله لساثر الأضرار التي تلحق بالوديع طبقا للقواعد العامة^(١).

(١) محمد علي عرفه ص ٤٩٤ وما بعدها - السهورى ص ٩٦٧ هامش (١) - محى الدين علم الدين ص ١٧٦ - وكانت المادة ١٠٠٦ من المشروع التمهيدى (التي أصبحت برقم ٧٢٥) تنص على أنه : " على المودع ، وعليه أن يعرضه عن كل ما لحقه من خسارة بسبب الوديعة ، إلا إذا لم يعلم السبب الذى كان من شأنه أن يتتبع عنه هذه الخسارة ، أو لم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، أو علمه وأخطر به الوديع ، أو علمه دون إخطار".

وقد جاء عنها بمذكرة الشروع التمهيدى :

" ففى هذه الحالة يكون المودع مسئولا عن تعويض ما يصيب الوديع من ضرر بسبب ذلك مادام لم ينبه الوديع إلى وجود هذا العيب ، إلا إذا كان هو لم يعلم بوجود ذلك العيب ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم ذلك ، إذ لا يكون حينئذ مقصرا فى عدم تنبيه الوديع ، أو كان الوديع قد علم بوجود العيب دون أن يخطره المودع به ، إذ لا يكون تقصير المودع فى التنبيه هو السبب المباشر فى وقوع الضرر ، وإنما سببه المباشر هو عدم احتياط الوديع لتفادى حدوث الضرر " - إلا أنه فى لجنة المراجعة حذف الجزء الأخير من المادة ابتداء من " إلا إذا لم يعلم السبب " حتى نهاية المادة وذلك اكفاء بالقواعد العامة (مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٥٩ وما بعدها) - أى أن العبارة التى كان تنفى مسئولية المودع عن التلف والهلاك إذا كان غير عالم بالعيب قد حذفت من النص الحالى ، وذلك اكفاء بالقواعد العامة . والقواعد العامة تودى إلى مسئولية المودع فى هذه الحالة على النحو الذى أوردناه بالمتن .

وإنقاذ الوديع الوديعة من الهلاك وإيثارها على متاعه الخاص ، يرتب مسؤولية المودع عن تعويضه عن الخسارة المباشرة التي لحقت به من جراء ذلك ولا تستحق الفوائد على التعويض إلا من وقت المطالبة القضائية به .

٦٣- حالة تعدد المودعين :

إذا تعدد المودعون لم يكونوا متضامنين في التزامهم بالتعويض ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

٦٤- ضمانات الوديع :

١- حق الحبس :

للوديعة حق حبس الشيء المودع ، مقابل ما يستحقه من مصاريف ضرورية ونافعة ، ولكن حق الحبس لا يضمن أجر الوديع وما قد يستحقه من تعويض .

(راجع في التفصيل بند ٤٩) .

وللوديعة الاحتجاج بحق الحبس على مشتري الوديعة فلا يكون له أن يطلب تسلمه إياها قبل أن يسدد دين الوديع ، إذ تنتقل ملكية الشيء إلى المشتري مقيدة بحق الحبس المقرر للوديعة .

كما يحتج بالحبس على سائر الدائنين العاديين والممتازين، ومقتضى ذلك أنه وإن كان يجوز لهم أن يستعملوا حقهم في الحجز على الوديعة وبيعها ، فإن الراسى عليه مزادها لا يستطيع تسلمها إلا إذا وفى حقوق الوديعة الخاسر ، أو قدم تأميناً كافياً للوفاء بهذه الحقوق (مادة ٢٤٦ مدني) ، ولا فرق بين ما إذا كان سند هؤلاء الدائنين سابقاً على الوديعة أو لاحقاً لها^(١) .

(١) محمد علي عرفه ص ٤٩٨ .

ويجوز حبس الوديعة عن المالك الحقيقي الذي ثبت استحقاقه للوديعة، حتى يرد هذه المصاريف .

وإذا كانت الوديعة المحبوسة يخشى عليها الهلاك أو التلف ، فللوديع أن يحصل على إذن من القضاء في بيعها وفقا للأحكام المنصوص عليها في المادة ١١١٩^(١) وينتقل الحق في الحبس من الشيء إلى ثمنه (مادة ٣/٢٤٧ مدني) .

٢- حق الامتياز :

تنص المادة ١١٤٠ مدني على أن :

" ١- المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله .

٢- وتستوفي هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها" ، ومن ثم فإن للوديع امتياز على الوديعة في استيفاء المصاريف الضرورية فقط التي أنفقها على حفظ الوديعة . فلا يمتد الامتياز إلى المصاريف النافعة أو أجر الوديع أو التعويض المستحق له " .

(١) تنص هذه المادة على أن : " ١- إذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الرهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للرهن أن يطلب من القاضي الترخيص له ببيعه بالمزاد العلني أو بسمعه في البورصة أو السوق .

٢- ويفصل القاضي في أمر إيداع الثمن عند الترخيص في البيع ، وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء إلى ثمنه " .

موضوع رقم (٦)

(انتهاء الوديعة)

٦٥- تعداد :

تنتهى الوديعة بأحد الأسباب الآتية :

- ١- انقضاء الأجل .
- ٢- رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل .
- ٣- موت الوديع .

ونعرض لهذه الأسباب بالتفصيل فيما يلي .

٦٦- أسباب انتهاء الوديعة :

١- انقضاء الأجل :

قد يتفق المتعاقدان على أجل معين للوديعة ، وقد يكون هذا الاتفاق صراحة ، أو ضمنا ومن ثم فإنه بانتهاء هذا الأجل تنتهى الوديعة .
أما إذا لم يتفق على أجل للوديعة . كان لأى من المتعاقدين الالتجاء إلى القاضى لتحديد أجلا تنتهى فيه الوديعة .

وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يتضمن مادة برقم (١٠٠٧) تتضمن هذا الحكم تنص على أن :

"١- تنتهى الوديعة بانقضاء الأجل المتفق عليه .

٢- فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمنا، حدد القاضى أجلا تنتهى فيه الوديعة . ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التى يتقدم بها الالتزام برد الوديعة " - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه
"١- تنتهى الوديعة إما بانقضاء الأجل المعين لذلك ، أو بإلغاء الوديعة، أو

موت الوديع قبل الأجل فإذا كان الأجل معنا انتهت الوديعة بحلوله. وإن لم يكن معنا في العقد لا صراحة ولا ضمنا ، وجب وضع حد لها بالاتجاه إلى القاضى لتعين أجل تنتهى فيه الوديعة " إلا أن المادة حذفت في لجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢^(١).

٢- رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل :
راجع في التفصيل بند (٤٦) .

٣- موت الوديع :

ذهب رأى إلى أنه لما كانت القاعدة أن العقود لا تنتهى بوفاة أحد المتعاقدين ما لم ينص على ذلك صراحة في القانون ، أوفى العقد ، وإذا لم يرد نص في القانون يقرر انتهاء الوديعة بوفاة المودع أو الوديع ، فإن الوديعة لا تنتهى بوفاة أحدهما إلا إذا صرح بذلك في العقد . فإذا لم يصرح به فإنه لا يكون للوفاة من أثر سوى انتقال سائر الالتزامات المتوفى وحقوقه إلى ورثته في حدود ما آل إليهم من تركته طبقا للقواعد المقررة في هذا الصدد^(٢).

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أن الوديعة يلحظ فيها شخص الوديع ، إذ يكون محل ثقة المودع ، ومن ثم وجب أن يحل العقد بموت الوديع ، إلا إذا اتفق على غير ذلك . ومتى انحل العقد ، استقرت في تركة الوديع الالتزامات التى ترتبت عليه إلى وقت انحلاله ، فتبقى التركة مثقلة بها ، بما في ذلك الالتزام برد الوديعة . والمفروض هنا أن الوديعة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٥٩ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٥٠١ .

في مصلحة الوديع إذ لو كانت في مصلحة المودع لجاز له الرجوع فيها في أى وقت ، قبل موت المودع عنده أو بعد موته . وإذا مات المودع وكانت الوديعة في مصلحته جاز لورثته الرجوع في الوديعة في أى وقت ، لا لموت المودع ، بل لأن المودع كان يستطيع الرجوع في الوديعة لو كان حيا إذ الوديعة في مصلحته ، فينتقل هذا الحق إلى ورثته . أما إذا كانت الوديعة في مصلحة المودع عنده ومات المودع ، فإن الوديعة لا تنتهى بموته ، بل يبقى المودع عنده حافظا للوديعة إلى أن ينقضى أجلها إذ هى لمصلحته ، ولكن يجوز له هو دون ورثة المودع الرجوع في الوديعة بإرادته المنفردة مادامت لمصلحته^(١) .

• وكان المشروع التمهيدى للقانون المدنى ينص في المادة (١٠١٠) منه على أن : " تنتهى الوديعة بموت الوديع ، ويبقى في تركته ما نشأ عنها من التزامات ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " ، إلا أن هذا النص حذف في لجنة المراجعة اكفاء بالمادة ٧٢٢^(٢) .

٤- هلاك الوديعة بقوة قاهرة أو حادث فجائى :

راجع بند (٢٦) .

٦٧- سقوط الحق فى الوديعة بالتقادم :

لم يرد في التقنين المدنى نص خاص بسقوط حق المودع في استرداد الوديعة . ومن ثم فإنه يتعين تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ٣٧٤ مدنى التى تقضى بأن : " يتقادم الالتزام بانقضاء خمس عشرة سنة

(١) السهنورى ص ٩٧٣ وما بعدها - محيى الدين علم الدين ص ١٧٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٦٢ وما بعدها .

فيما عدا الحالات التي ورد عنها نص خاص في القانون وفيما عدا الاستثناءات التالية " ، ومن ثم تقادم دعوى الاسترداد بمضى خمس عشرة سنة . وتبدأ هذه المدة عن الوقت الذي يستطيع فيه المودع المطالبة برد الوديعة ، ومن ثم فإن مدة التقادم لا تبدأ إلا من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة^(١) .

وكانت المادة (١٠٠٧) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني تنص في فقرتها الثانية على هذا الحكم إذ قضت بأن : " فإذا لم يتفق على الأجل صراحة أو ضمناً ، حدد القاضى أجلاً تنتهى فيه الوديعة . ويكون هذا الأجل مبدأ المدة التي يتقادم بها الالتزام برد الوديعة " ، وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي : " ونظراً لكثرة ما قام من منازعات بشأن تقادم الوديعة ، وما يعتبر مبدأ لهذا التقادم ، نص المشروع على أن التقادم يبدأ من وقت حلول الأجل المعين لرد الوديعة " _ إلا أن هذه المادة حذفت بلجنة المراجعة اكتفاء بالمادة ٧٢٢ مدني^(٢) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كانت الدعوى الحالية قد رفعت في ١٦/٦/١٩٦٦ لمطالبة الطاعن بالتعويض عن إلغاء ترخيص السيارة- المملوكة للمطعون عليه الأول- المودعة لديه إذ سلم لوحاتها المعدنية إلى المطعون عليه الثاني

(١) محمد علي عرفه ص ٥٠٠- السهوري ص ٩٧٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٥٩ الماش وما بعدها .

وتمكن بذلك من إلغاء الرخصة ، كما أن امتناعه عن رد السيارة واستمراره في حبسها أدى إلى الحيلولة دون التقدم بها إلى قلم المرور لإعادة الترخيص لتسييرها واستغلالها ومن ثم فإن الدعوى بهذه الصورة تكون ناشئة عن عقد الوديعة لأن مسؤولية الوديع تنشأ عن التزام قانونا ببرد الوديعة عينا للمودع متى طلب منه ذلك . ولما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالتقادم بناء على ما انتهى إليه من أن التقادم قد وقف سريانه طيلة المدة التي استغرقها الفصل في النزاع بين الطرفين في الدعوى الأولى حول قيام عقد الوديعة وحق الطاعن في حبس السيارة المودعة لديه والذي لم يحسم نهائيا إلا في ١٩٦٦/٢/٢٦ وكان مما استخلصه الحكم من قيام مانع لوقف التقادم في الدعوى الحالية سائغا ويكفي لحمله ، وإذ قدمت صحيفة الدعوى إلى قلم المحضرين في ١٩٦٦/٦/١٦ أى قبل انقضاء مدة التقادم ، فإن النعى يكون في غير محله " .

(طعن رقم ٣٥٠ لسنة ٤٠ في جلسة ١٩٧٧/٦/٧)

غير أنه يلاحظ أن التقادم المسقط لا يؤثر إلا في دعوى الاسترداد، فلا تتأثر به دعوى الاستحقاق التي لا تسقط بالتقادم مطلقا . ويترتب على ذلك أنه إذا كان المودع مالكا للوديعة ، فإنه يستطيع أن يطالب باستحقاقها ولو بعد مضي خمس عشرة سنة على إهماله في المطالبة بردها تنفيذًا للعقد .

موضوع رقم (٧)

(بعض أنواع الوديعة)

(النوع الأول)

الوديعة الشاذة (أو الناقصة)

(Dépôt irrégulier)

٦٨ - تمهيد :

قد يقترن الإيداع بطروف خاصة تلغى بطابع خاص ، فلا نكون بصدد وديعة عادية بل وديعة شاذة (ناقصة) أو اضطرارية أو جارية. وسنعرض فيما يلى لتفصيل الأحكام الخاصة بهذه الوديعة ، مع بيان ما تختلف فيه عن أحكام الوديعة العادية .

٦٩ - تعريف الوديعة الشاذة (الناقصة) :

تنص المادة ٧٢٦ مدني على أنه : " إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال ، وكان المودع مأذونا له في استعماله ، اعتبر العقد قرضا " - فهذا النص يتناول الوديعة الناقصة أو الوديعة الشاذة. وهى الاتفاق الذى يسلم شخص بموجبه إلى آخر مبلغا من النقود أو شيئا آخر يهلك بالاستعمال ، ويصرح له باستهلاكه ، على أن يرد له شيئا مائثلا له عند أول طلب منه . كما هو الأمر في القرض ، ولذلك خرج المشرع بهذا النوع من الوديعة عن أن تكون وديعة إلى أن تكون قرضا .

ويتحقق ذلك عملاً بصدد إيداع النقود في المصارف وصناديق التوفير وخزائن المحاكم^(١)، حيث تنتقل ملكية النقود إلى هذه الجهات وتلتزم برد مثلها ، بل ويدفع في بعض الأحيان فائدة عنها . فيكون العقد في هذه الحالة قرضاً أو حساباً جارياً .

أما إذا كان الشيء المودع مثلياً ولكن لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب ، فإنه يجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض ، ويكون العقد في هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيلي أنه :

١- " لما كان المفروض في الوديعة أن يحفظها الوديع ويردها عينا ، فإذا رخص له في استعمالها ، وجب أن تكون مما لا يهلك لأول استعمال ، وإلا تعذر بهذا الاستعمال ردها بعينها ، ولزم رد مثلها . وفي هذه الحالة يكون العقد أقرب إلى القرض منه إلى الوديعة . وهذا هو شأن وديعة النقود وكل شيء آخر مما يهلك بالاستعمال ، فقد نصت المادة ١٠١١ على أن العقد يعتبر في هذه الحالة قرضاً ما لم يقض العرف بغير ذلك . وهي منقولة عن المادة ٦٤٩ من المشروع الفرنسي الإيطالي ، مع تعديل بسيط ينحصر في أن هذا المشروع يشترط لذلك ، إلى جانب

(١) محمد علي عرفه ص ٥٠٢ - السنهوري ص ٩٧٦ - وينهب الدكتور

السنهوري إلى أن إيداع مبلغ من النقود خزنة المحكمة ، تكون الخزنة وهي شخص معنوي مستقل عن قلم الكتاب هو المودع عنده وتخضع لأحكام

الوديعة ص ٩٧٨ هامش (٢) .

الإذن بالاستعمال ، أن يكون الشيء مما يهلك لأول استعمال في حين أن المشروع الفرنسي الإيطالي يتطلب فيما يتعلق بالشرط الأخير أن يكون الشيء من المثليات . وقد أدخل هذا التعديل لأن السبب في تغيير حكم العقد هو أن الإذن باستعمال الشيء الذي يهلك بالاستعمال كالتقود والحبوب وغيرها لا يمكن معه رده بعينه (انظر المادة ٢٢٢٣ من التقنين الأرجنتيني) أما المثلي الذي لا يهلك بالاستعمال كقلم أو كتاب ، يجوز الإذن باستعماله دون أن تستحيل الوديعة إلى قرض ، ويكون العقد في هذه الحالة أقرب إلى العارية منه إلى القرض (أنظر المادة ٩٦٠ من التقنين النمساوي) ^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " التزام المودع لديه برد الشيء بعينه للمودع عند طلبه شرط أساسي في وجود عقد الوديعة طبقاً لأحكام المادة ٤٨٢ من القانون المدني، فإذا انتفى هذا الشرط انتفى معه معنى الوديعة. فإذا سلم قطن مخلج بموجب إيصالات ذكر بها أنه لا يجوز لحاملها طلب القطن عينا ثم تصرف صاحب المخلج في القطن بدون إذن صاحبه فلا يعتبر ذلك تبديداً معاقباً عليه بالمادة ٢٩٦ عقوبات " .

(نقض جنائي طعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٢ في جلسة ١٩٣٢/٣/٢١)

٢- " إذا كانت صيغة العقد أنه وديعة موضوعها مبلغ من المال فإنه لا يكون عقد وديعة تامة بل هو عقد وديعة ناقصة وأقرب إلى عارية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٦٦ وما بعدها .

الاستهلاك منه إلى الوديعة . وكل ما يكون للمودع فيه هو المطالبة بقيمة ماله . وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ الالتزام بالرد " .

(طعان رقما ٣٨ ، ٥٠ لسنة ٩ ق جلسة ١٩٤٠/١/١١)

٣- " علاقة البنك بالعمل الذي يقوم بإيداع مبالغ في حسابه لدى البنك ليست علاقة وكالة وإنما هي علاقة وديعة ناقصة تعتبر بمقتضى المادة ٧٢٦ من القانون المدنى قرضا ومن ثم فالإيصال الصادر من البنك بإيداع مبلغ لحساب شخص آخر - دون تحديد للمودع - لا يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة يجوز تكملته بالبينه لأن الورقة التى تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة يجب أن تكون صادرة من الخصم المراد إقامة الدليل عليه أو ممن ينوب عنه فى حدود نيابته وأن يكون من شأنها أن تجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال وهو ما لا يتوافر فى الإيصال المذكور " .

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٥/٤٤/٤)

٤- " الوديعة إذا كان موضوعها مبلغا من المال ، فإنها لا تكون وديعة تامة بل تعتبر وديعة ناقصة ، وأقرب إلى عارية الاستهلاك منها إلى الوديعة ، ويكون كل ما للمودع هو المطالبة بقيمة ماله ، وهذا حق شخص يسرى فى شأنه التقادم المسقط " .

(طعن رقم ٤١٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/١٧)

٥- " المقرر على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن علاقة البنك بالعمل الذى يقوم بإيداع مبالغ فى حسابه لدى البنك هى علاقة وديعة

ناقصة تعتبر ممضى المادة ٧٢٦ من القانون المدنى قرضاً ، وإذ يلتزم المقترض وفقاً لحكم المادة ٥٣٨ من القانون المدنى بأن يرد للمقرض مثل ما اقترض ، فإن البنك يلتزم فى مواجهة عميله بأن يرد إليه مبلغاً نقدياً مساوياً لما قام بإيداعه فى حسابه لديه من مبالغ ، وإذا قام البنك بناء على أمر عميله بسحب شيك على بنك آخر وتسليمه مقابل كل أو بعض رصيده لديه كان ذلك بالنسبة للبنك وفاء بالتزامه فى هذا الصدد قبل العميل " .

(طعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠)

٢٠- جواز أن تكون ودیعة النقود والأشیاء الأخرى القابلة للاستهلاك ودیعة عادیة :

الأصل أن تكون ودیعة النقود والأشیاء الأخرى التى تهلك بالاستعمال ودیعة ناقصة ، وهذا واضح من نص المادة ٧٢٦ مدنى ، كما كانت تصرح به الفقرة الثانية من المادة (١٠١١) من المشروع التمهيدي المقابلة لهذه المادة - المحذوفة فى لجنة المراجعة - إذ كانت تنص على أنه : " ويفترض حصول الإذن فى استعمال الشئ إذا كانت الودیعة مبلغاً من النقود " وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " وقد أنشأ المشروع فى الفقرة الثانية من المادة قرينة قانونية على حصول الإذن باستعمال الشئ إذا كانت الودیعة مبلغاً من النقود ... ولكن هذه القرينة بسيطة تقبل إثبات العكس " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٦٥ وما بعدها .

إلا أنه لا يوجد ما يمنع - كما ذكرنا من قبل - أن تكون النقود والأشياء الأخرى القابلة للاستهلاك وديعة عادية ، إذا اتفق الطرفان على ذلك ، كما يحدث في وديعة القطع الذهبية أو الفضية أو كيس مغلق من النقود ، فتحفظ بذاتها لدى الوديع ولا تنتقل ملكيته له ، ويجب عليه ردها عينا إلى المودع ، فقد تختلف عن مثيلاتها من ناحية مواعيد الاستهلاك ومن ناحية استحقاق الجوائز^(١).

وبصفة عامة إذا وضعت النقود في صندوق أو كيس مغلق بحيث تبقى لها ذاتيتها ، فإنه يجب ردها عينا .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

" إذا كانت المحكمة قد أدانت المتهم في جريمة تبديد مبلغ سلم إليه على سبيل الوديعة معتمدة في ذلك على ورقة وقعها المتهم جاء بها أنه تسلم هذا المبلغ من المجنى عليه بصفة أمانة يردّه له عند طلبه ، وعلى ما قرره المجنى عليه في هذا الصدد فإنها لا تكون قد أخطأت . ولا يؤثر في ذلك مجرد ورود الوديعة على نقود تتعين بالقيمة دون العين مادام أنه لا يبين من الحكم أن المجنى عليه قد قصد بالعقد (الورقة) إعطاء المودع لديه حق التصرف فيها " .

(طعن رقم ١١٥٥ لسنة ١٩٩٠ ق جلسة ١٩٥٠/١/٢)

٧١- آثار اعتبار الوديعة وديعة ناقصة :

يترتب على اعتبار الوديعة ، وديعة ناقصة ما يأتي :

(١) السنهوري ص ٩٣٢ وهامش (٢) .

١- جواز الاحتجاج بالمقاصة :

يجوز الاحتجاج بالمقاصة ، لأن ملكية الشيء المودع في الوديعة الناقصة تنتقل إلى الوديع ، وأصبح الشيء ديناً في ذمته ومن ثم فالمقاصة جائزة ، وهى لم تحظر في الوديعة العادية إلا لأن الشيء المودع احتفظ بذاتيته ولم تنتقل ملكيته إلى الوديع ويجب على الأخير رده بعينه ^(١).

٢- سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية :

تسرى الفوائد القانونية في الوديعة الناقصة من تاريخ المطالبة القضائية ببرد مثلها عملاً بالقواعد العامة ، نظراً لانتقال ملكية الشيء المودع إلى الوديع ، مما يصبح معه الوديع غير ملزم برد الوديعة بعينها ، كالقرض تماماً. كسل هذا ما لم يتفق العاقدان على وجوب الرد عند أول طلب يحصل من الدائن . ولا يترتب على مثل هذا الاتفاق نفى صفة القرض عن العقد إذ ليس هناك ما يحول دون اشتراط رد المبلغ المقرض بمحرد طلبه .

٣- تحديد أجل للرد :

المقرر أنه يجب رد الوديعة العادية بمحرد طلب المودع . أما المقرض فلا يلزم برد المبلغ عند طلب المقرض مباشرة ، ولو لم يحدد أجل للرد ، بل يحدد له القاضى مياعداً مناسباً لحلّول الأجل (مادة ٢٧٢ مدنى) . ومن ثم يسرى ذلك على الوديعة الناقصة . وهذا الاتجاه يحقق قصد

(١) السنهورى ص ٩٨٠ وما بعدها .

العاقدين، إذ يفترض فيمن صرح لغيره باستلام ماله ، أنه لا يقصد مفاجأته برده بمجرد طلبه ، بل يجب أن يحمله وقتا مناسباً لتجهيز مقابل هذا المال الذي لا يوجد تحت يده ، مراعيًا في ذلك موارده الحالية والمستقبلية .

وهذا كله إذا لم يتفق المتعاقدان على وجوب الرد عند أول طلب يحصل من الدائن ولا يترتب على مثل هذا الاتفاق نفي صفة القرض عن العقد، إذ ليس هناك ما يحول دون اشتراط رد المبلغ المقرض بمجرد طلبه ^(١).

٤- انتفاء جريمة خيانة الأمانة :

· إذا بدد الوديع الشيء المودع في الوديعة العادية إضراراً بالمودع فإنه يعاقب بعقوبة خيانة الأمانة المنصوص عليها بالمادة ٣٤١ من قانون العقوبات .

أما في الوديعة الناقصة ، فإن الوديع لا يتسلم الشيء المودع على سبيل الوديعة ليرده بذاته إلى المودع وإنما ينتقل الشيء إلى ملكه على أن يرد مثله ، ومن ثم فلا جريمة إذا تصرف في الشيء المودع .

٥- تبعة هلاك الشيء المودع :

إذا هلك الشيء المودع في الوديعة الناقصة بسبب أجنبي فإن تبعة هلاكه تكون على الوديع ، لأن ملكية الشيء المودع قد انتقلت إليه ، كالقرض تماماً ، أما في الوديعة العادية فالهالك - كما رأينا سلفاً - على المودع .

(١) محمد علي عرفه ص ٥٠٥ .

(النوع الثاني)
(الوديعة الاضطرارية)
(Dépôt nécessaire)

٧٧- تعريف الوديعة الاضطرارية :

كان المشروع التمهيدي للتقنين المدنى يتضمن نصا برقم (١٠١٢)
يتناول الوديعة الاضطرارية ، يجرى على أن :

" ١- إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشئ درعا لخطر نشأ عن
حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من
الحوادث ، جاز له أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة
الشئ المودع.

٢- ويكون للمودع فى هذه الحالة أجر ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف
بغير ذلك . وعليه أن يذلل فى حفظ الشئ عناية الرجل المعتاد ، وكل
اتفاق يقصد به الحد من مسئوليته أو الإعفاء من هذه المسئولية يكون
باطلا - " إلا أن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة " اكتفاء بالقواعد
العامة " ، وقد اقترح فى لجنة مجلس الشيوخ إعادة هذا النص إلا أن اللجنة
لم تر الأخذ بهذا الاقتراح " لأن فى القواعد العامة ما يغنى عن إيراد
النص المقترح " (١).

والقواعد العامة التى أشارت إليها لجنتا المراجعة ومجلس الشيوخ ، هى
ما نصت عليه المادة (٤٠٣ / ١) من القانون المدنى - التى حلت محلها

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٦٥ الهامش وما بعدها ، ص ٢٧٤.

المادة (١/٦٣) من قانون الإثبات، من أنه يجوز الإثبات بالبينة فيما كان يجب إثبات بالكتابة إذا وجد مانع مادي يحول دون الحصول على دليل كتابي^(١).

ولما كان هذا النص - رغم حذفه - يمكن اعتباره تطبيقاً للقواعد العامة، إذ هو يسائر نية المتعاقدين مستخلصة من الظروف الاضطرارية التي تمت فيها الوديعة، لذلك يصح العمل بأحكام هذا النص بالرغم من حذفه^(٢).

فيمكن على ضوء ما تقدم تعريف الوديعة الاضطرارية بأنها تلك التي يضطر فيها المودع إلى أن يودع الشيء درءاً لخطر يلحق بالشيء نشأ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة أو ما شابه ذلك من الحوادث، أو أى خطر بصفة عامة.

٢٢- شروط الوديعة الاضطرارية :

يشترط لكي توصف الوديعة بأنها اضطرارية أن يقوم بها المودع في ظروف يخشى معها خطراً داهماً على الشيء، فيضطره لأن يودع الشيء على عجل عند أول شخص يستطيع أن يعهد إليه بالوديعة.

ومثل هذه الظروف ما ورد بالمادة ١٠١٢ من المشروع التمهيدى - المحذوفة - الخطر الناشئ عن حريق أو تهدم بناء أو نهب أو غرق أو إغارة، ويضاف إليها أمثلة أخرى كالثورة والاضطرابات والزلازل أو لصوص يقطعون الطريق. فيرى المودع نفسه مضطراً حتى يدرك الخطر

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٦.

(٢) الستهورى ص ٩٨٢ وما بعدها.

عن ماله إيداعه لدى أول شخص يقبل إيداعه ، فهو ليس له خيار في أن يودع الشيء لدى أول شخص يقبل إيداعه أو لدى غيره ، وهذه الوديعة لا ترم كالوديعة العادية بعقد صريح .

ويجب بالإضافة إلى توافر الظرف الملحق إلى الإيداع واضطرار المودع إلى هذا الإيداع ، ألا يكون هناك وقت أو وسيلة للحصول على كتابة^(١) . ويغلب أن تكون هذه الحوادث تعسة ، ومن أجل ذلك سمي الرومان هذه الوديعة بالوديعة التعسة أو الوديعة البائسة أو وديعة البائس^(٢) .

ولا يكفي لتكون الوديعة اضطرارية أن يجد المودع مشقة كبيرة في العثور على وديع ، ولا ألا يكون عند المودع الوقت الكافي للحصول على إيصال بالوديعة^(٣) .

ولكن الاضطرار هنا لا يصل إلى حد الإكراه الذي يصيب الإرادة ، ومن ثم تكون الوديعة الاضطرارية عقدا صحيحا يتكون من إرادتين صحيحتين ولا يجوز إبطاله للإكراه ، ولكنه يخضع لقواعد خاصة تترتب على واقعة الاضطرار التي تصل إلى حد الإكراه ، كما سنرى .

(١) الأستاذ أحمد نشأت رسالة الإثبات الجزء الأول ١٩٧٢ ص ٦٣٦ وما بعدها -

الدكتور عبد المنعم الصلح الإثبات في المواد المدنية ص ٢٦٧ وهامش (٢) .

(٢) وأطلق عليها القانون الفرنسي " الوديعة الضرورية " وأطلق عليها الدكتور محمد

كامل مرسى " الوديعة اللازمة " ، أما المذكرة الإيضاحية للتقنين المدن فقد

استمها " الوديعة الاضطرارية " .

(٣) السنهوري ص ٩٨٣ هامش (٣) .

وتطبيقا لما تقدم :

قضت محكمة النقض بأنه يعد مانعا قهريا يمنع من الحصول على كتابة إصابة المودع بشلل نصفي فحاثي اضطر معه للانتقال إلى المستشفى^(١).
كما قضت بأن حالة الاضطرار من جانب المودع بسبب القيود المفروضة على تداول السماد والظروف التي تمت فيها الوديعة لقيام حالة الأحكام العرفية والتخوف منها من جانب المودع لديه ، وهو عمدة ، تعتبر مانعا من الحصول على كتابة^(٢).

كما قضت بأن :

" إذا سلم شخص إلى شخص آخر له به صلة عمل عند مبيتها معا في غرفة واحدة بإحدى القرى مامعه من النقود ليحفظه لديه إلى الصباح فأخذها المستلم وفر فعمله هذا يعتبر خيانة أمانة . ومتى ثبت أن إيداع المحنى عليه نقوده لدى الجاني كان إيداعا اضطراريا ألجأته إليه ظروف طارئة فمن الجائز إثبات حصوله بالبيئة " .

(طعن رقم ١٢٩٨ لسنة ٥ في جلسة ١٩٣٥/٥/٢٠)^(٣)

(١) المجموعة الرسمية سنة ١٩٢٨ رقم ٩٣ مشار إليه في مؤلف أحمد نشأت ص ٦٣٦ هامش (٣) .

(٢) نقض جنائي في ٣٠ يناير ١٩٥٠ المحاماة ٣٠ - ٩٥٨ - ٤٢٤ - مشار إليه في مؤلف عبد المنعم الصده ص ٢٦٧ هامش (٤) .

(٣) والثابت في الحكم المطعون فيه أن المحنى عليه مندوب عن أحد البنوك وأن للمتهم كان يعمل مسمارا لدى البنك وكان يرافق المندوب في أسفاره واضطرتهما الظروف إلى اللجوء إلى منزل بإحدى القرى ، فرأى المحنى -

وقد نفت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - الوديعة الاضطرارية في واقعة تسليم أحد لاعبي القمار لشخص محفظة وبها نقود لحفظها حتى ينتهى من اللعب مع آخرين ، ثم ادعى أنه لما فتحها بعد أن استردها وجد النقود بها ناقصة .

إذ قضت بتاريخ ١٩٣١/٥/٧ فى الطعن رقم ١١٢٢ لسنة ٤٨ ق بأن:

" سلم أحد لاعبي القمار لشخص محفظة وبها نقود لحفظها حتى ينتهى من اللعب مع آخرين ، ثم ادعى أنه لما فتحها بعد أن استردها وجد النقود التى بها ناقصة فقالت محكمة النقض إن هذه الواقعة لا تتجسّد سوى أن تسليم المحفظة كان على سبيل الوديعة وهى وديعة اختيارية لا شئ فيها من الاضطرار فالقول فيها قول المودع لديه ما لم يقدّم الدليل الذى يقبله القانون المدعى على صحة دعوى المدعى . فإذا كان المتهم لم ينكر استلامه للمحفظة ولكنه يقرر أنه تسلمها وردها كما هى بدون أن يفتحها فلا يمكن أن يعتبر اعترافه هذا مبدأ ثبوت بالكتابة مجزأ لإقامة الدليل بالبينة على مقلار ما كان بها من النقود " .

- عليه أن يسلم مامعه من النقود إلى زميله خوفاً من توجه الأطماع عليه لما هو معروف عنه من أنه مندوب البنك ومعه من النقود ما يثير المطامع . ويرى بعض الفقهاء أن مندوب البنك كان لديه متسع من الوقت ليطالب بإصلا من السمسار ولا يمكن القول بأن : "ك ما نأدباً وأنه يبدو أن محكمة النقض تأثرت من فرار السمسار واقتعت من ذلك ومن باقى ظروف الدعوى بصدق مندوب البنك وبالتالي بصحة الإيداع . ويرى أنه لا يمكن تشبيه هذه الحالة بالأحوال التى تعد اضطرارية (أحمد نشأت ص ٦٣٧ هامش ١) .

٧٤- هل يشترط أن يكون الخطر غير متوقع ؟

ذهب رأى إلى أنه يشترط في الخطر الذى هو شرط الوديعة الاضطرارية، أن يكون غير متوقع^(١). فإذا كان الخطر متوقعا فلا نكون بصدد وديعة اضطرارية لأن المودع يتوقع الحادث الذى سيضطره إلى الإيداع وينساق عليه مختارا .

وتطبقا لذلك لا تعتبر وديعة اضطرارية إيداع الدواب التى تحمل المبيعات من القرى إلى الأسواق العامة التى تعقد عادة في المدن في مواعيد دورية ، ولو كان هذا الإيداع مفروضا على الباعة بحكم لوائح السوق. وكذلك إيداع الملابس الخارجية في المحل المخصص لها بالمحلات العامة، كالسارح والملاهى، ولو اضطر المودع لذلك مراعاة لتقاليد المكان . ومثل ذلك يقال عن إيداع السيارات في الجراج المخصص لذلك بالعمارات الكبيرة ، وكذلك عن خلع المريض ملابسه في غرفة مجاورة لغرفة الطبيب عندما يدعى لفحصه^(٢).

بينما ذهب رأى آخر - نؤيده - إلى أنه لا يشترط أن يكون الخطر غير متوقع ، كما في الأمثلة السابقة وغيرها . والنص المخوف في المشروع التمهيدى وهو تطبيق للقواعد العامة لم يورد شرط عدم توقع الحادث ، وعلى العكس من ذلك أشار نص مخدوف آخر هو نص الفقرة الأولى من

(١) محمد على عرفه ص ٥٠٨ - أحمد نشأت ٦٣٦ .

(٢) محمد على عرفه ص ٥٠٨ .

المادة (١٠١٣) إلى أن وديعة النفاذ والخانات هي صورة من صور الوديعة الاضطرارية^(٢).

٧٥- أحكام الوديعة الاضطرارية :

الوديعة الاضطرارية تخضع لسائر أحكام الوديعة العادية ، فتشأ عنها سائر الالتزامات والحقوق التي تنشأ عن الوديعة العادية والتي تناولناها فيما تقدم .

إلا أن هناك بعض الأحكام التي تنفرد بها الوديعة الاضطرارية نوردتها فيما يلي .

١- إثبات الوديعة :

تطبيقا للمادة (٦٣/ أ) من قانون الإثبات التي تقضى بأنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي . يجوز للمودع إذا أثبت وجود

(٢) السنهوري ص ٩٨٥ وما بعدها - وهو يضيف أن الفقه الفرنسي ومعها القضاء في بعض الحالات قد اشترط أن يكون الخطر غير متوقع وأن الذي دفعه إلى ذلك أن لفظ (imprévu) ورد في نص المادة ١٩٤٩ مدني فرنسي التي تحدد ما هي الوديعة الاضطرارية ، فستبعد بذلك ما كان من الحوادث متوقعا ، وأن هذا الشرط لم يجمع عليه القضاء الفرنسي ، وقد تجاوز عنه في بعض الأمثلة وبخاصة في وديعة النفاذ والخانات وهي صورة من صور الوديعة الاضطرارية حيث أدرج التقنين المدني الفرنسي هذه الوديعة في المكان الذي خصصه للوديعة الاضطرارية ، وصرح في المادة ١٩٥٢ بأنها وديعة اضطرارية (ص ٩٨٤ وما بعدها) .

الظرف الملحق إلى الإيداع واضطراره إلى هذا الإيداع ، كان له أن يثبت الوديعة بالبينة والقرائن ولو زادت قيمتها على خمسمائة جنيه ، باعتبار هذا الظرف مانعا ماديا من الحصول على دليل كتابي^(١).

وكانت المادة ١٠١٢/١ من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المحذوفة - تنص على ذلك بقولها : " إذا كان المودع قد اضطر أن يودع الشيء ، جازله أن يثبت الوديعة بجميع طرق الإثبات مهما بلغت قيمة الشيء المودع " أما إثبات رد الوديعة فيظل خاضعاً للقواعد العامة . كما يجوز للقاضي أن يوجه اليمين المتممة إلى الوديع ولو زادت قيمة الوديعة على النصاب المتقدم .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

(أ) - " إن المادة ٢١٥ من القانون المدني تبيح إثبات عقد الوديعة بالبينة في حالة وجود مانع لدى صاحب الحق من الحصول على سند بالكتابة من غريمه والمانع كما يكون ماديا يجوز أن يكون أدبيا . وتقدير وجود المانع أو عدم وجوده من شأن قاضي الموضوع فإذا رأى القاضي - لعلاقة الإحوة بين المودع والمودع لديه ولاعتبارات أخرى أوردتها بالحكم - قيام هذا المانع وقبل إثبات الوديعة بالبينة فلا معقب على رأيه في ذلك " .

(طعن رقم ١٣٢٦ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٣٥/٦/٣)

(١) أحمد نشأت ص ٦٣٨ - عبد النعم الصده ص ٢٦٧ - محمد كامل مرسى

(ب) - " من المتفق عليه أن الودائع الاضطرارية وكل تصرف حصل في ظروف اضطرارية ، والودائع التي يودعها النزلاء في الفنادق يجوز إثباتها بالبينة والقرائن مهما كانت قيمة الأشياء المودعة لوجود مانع مادي من الحصول على دليل كتابي .

(طعن رقم ٤٥٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٥/٦/١٤)

٢- الأجر في الوديعة :

الأصل في الوديعة الاضطرارية أن تكون مأجورة - بعكس الوديعة العادية - وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠١٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المحذوفة - بقولها : " ويكون للوديع في هذه الحالة أجر ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك ... إلخ " . ذلك أنه لا يسوغ إسناد نية التبرع إلى من يتلقى الوديعة في مثل هذه الظروف الاضطرارية ، ما لم يبد منه ما يفيد اتجاه نيته إلى هذا الأمر صراحة أو كان العرف قد جرى على ذلك ^(١).

٣- مسئولية الوديع :

تكون مسئولية الوديع في الوديعة الاضطرارية مشددة لكونه مأجورا عليها . فيلزمه إذن أن يبذل في حفظ الشيء وصيافته عناية الرجل المعتاد على الأقل ، وذلك نظرا لظروف الوديعة الاضطرارية .

وكانت المادة (٢/١٠١٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المحذوفة - تنص على ذلك بقولها : " وعليه أن يبذل في حفظ الشيء عناية الرجل المعتاد إلخ " .

(١) السهوري ص ٩٨٧ - محمد علي عرفه ص ٥٠٩ .

وجاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " ثالثاً : أن تكون العناية الواجبة على الوديع هي التي تجب عليه في حالة الوديعة بأجر ، أى عناية الرجل المعتاد " .

٤- عدم جواز الاتفاق على إعفاء الوديع من المسؤولية أو على تخفيف المسؤولية عنه :

لا يجوز الاتفاق في الوديعة الاضطرارية على إعفاء الوديع من المسؤولية ولا تخفيف هذه المسؤولية عنه . ذلك أن مثل هذا الاتفاق يكون مشوباً بالإكراه من جانب الوديع للظروف التي تتم فيها الوديعة .

. وكانت الفقرة الثانية من المادة (١٠١٢) من المشروع التمهيدي للتقنين المدني - المحذوفة تنص على هذا الحكم بقولها : " وكل اتفاق يقصد به الحد من مسؤوليته أو الإعفاء من هذه المسؤولية يكون باطلاً " - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " رابعاً : ألا يجوز الاتفاق فيها على إعفاء الوديع من مسؤوليته ، ولا تخفيف هذه المسؤولية عنه وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يشوبه الإكراه من جانب الوديع " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦٦ الهامش وما بعدها .

(النوع الثالث)

(الوديعة فى الفنادق والخانات وما يماثلها)

(Dépôt d'hôtellerie)

٧٦- النصوص القانونية :

المادة (٧٢٧) مدنى :

" ١- يكون أصحاب الفنادق والخانات وما مائلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء ، مسئولين حتى عن فعل المترددين على الفندق أو الخان .

٢- غرم أنهم لا يكونون مسئولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهددة فى ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم " .

المادة (٧٢٨) مدنى :

" ١- على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان ، بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك ، فإن أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه .

٢- وتسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان بانقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان " .

٧٧- ودیعة الفنادق والخانات وما مائلها من قبیل الودیعة الاضطرارية:

ودیعة الفنادق والخانات ومائلها ، ویطلق علیها البعض اسم "الودیعة الجارية" لكونها تحصل یومیا بحكم العرف الجاری فی معاملات الناس .

من قبیل الودیعة الاضطرارية ، لأنه لیس لدى صاحب النزل من الوقت ما یمكنه من جرد أمتعة كل قادم وذهاب وإعداد قائمة بها والتوقيع علیها وإجراء التعديلات اللازمة كلما دخل المسافر النزل وخرج منه وأضاف شیئا إلى أمتعته أو أخذ منها شیئا . وقد یتكرر ذلك فی الیوم الواحدة عدة مرات ولا یخفى أنه قد یحضر إلى الفندق أو الخان ویسافر منه مرات كل یوم، وأن عددا عظیما من المسافرين یحملون أشياء كثيرة مختلفة . حقيقة لیس هناك استحالة مادية لإجراء ذلك ، ویمكن لصاحب النزل أن یتستخدم عددا كبيرا من المستخدمين للقیام به ولكن المسافر نفسه لیس لديه الوقت الكافی ، فضلا عن أن مرتبات أولئك المستخدمين لابد أن تحسب علیه ، ولا یخفى أن المسافر یلزمه أن یقتصد فی وقته ونفقاته بقدر الإمكان^(١) .

ومن ثم تسری علی هذه الودیعة أحكام الودیعة الاضطرارية من حیث الأجر والإثبات أو زیادة العناية المطلوبة من الودیع وعدم جواز الاتفاق علی الإعفاء من المسؤولية أو تخفیفها ، بل إن المسؤولية هنا أشد جسامة منها فی الودیعة الاضطرارية^(٢) .

(١) أحمد نشأت ص ٦٣٨ وما بعدها .

(٢) الدكتوراة نادية معوض التزامات وحقوق الفندق إزاء النزلاء الطبعة الثانية ٢٠٠١ ص ٧٩ .

وقد رأينا أن المشروع التمهيدى للتقنين المدنى كان يتضمن مادة مخنوفة برقم (١٠١٢) تناول الوديعة الاضطرارية ، وقد تضمن أيضا المادة (١٠١٣) - المخنوفة- وكانت تنص على أحكام وديعة المسافرين والنزلاء فى الفنادق والحانات ونصت فقرتها الأولى على أن : "تسرى أحكام المادة السابقة أيضا على وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والحانات (والبنسيونات) التى يقيمون فيها" ، وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى : " ١ - يعتبر من قبيل الوديعة الاضطرارية وديعة الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء فى الفنادق والحانات والبنسيونات التى يقيمون فيها . ولذلك نصت المادة ١٠١٣ فقرة أولى على أنه تطبق عليها أحكام المادة السابقة ، سواء فيما يتعلق بالإثبات أو بزيادة العناية المطلوبة من الوديع أو بعدم جواز الاتفاق على الإعفاء من المسئولية أو تخفيفها إلخ " (١) .

وقد نصت المادتان ٧٢٧ ، ٧٢٨ من التقنين المدنى على الأحكام التى يخضع لها هذا النوع من الوديعة والتى تختلف فيها عن أحكام الوديعة العادية وتعرض لهذه الأحكام فيما يلى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٢٦٩ وما بعدها .

نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات وما مثلها :

نتناول نطاق الوديعة فى الفنادق والخانات وما مثلها من نقاط ثلاث،
نعرض لها فيما يلى .

٧٨- (أ) - المودع عندهم :

عرفت المادة (٥٩٨/٤٨٩) مدق قلم المودع عنده بقولها : " حافظ الوديعة الذى يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع كصاحب خان أو أمين النقل أو نحوهما ... إلخ " . أما الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ من التقنين المدنى الجديد فتعرف المودعين بأنهم " أصحاب الفنادق والخانات وما مثلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء إلخ " . والمماثلة الواردة بالمادة ٧٢٧ من التقنين المدنى الجديد ، ليست كما ذهب إليه التقنين المدنى القديم فى أن المودع عنده " يأخذ أجرة بسبب الأحوال التى ترتب عليها الإيداع " بحيث يدخل فى هذه الوديعة بالإضافة إلى صاحب الفندق أو الخان، أمناء النقل عموما سواء كان النقل برا أو بحرا أو جوا ، ومخازن الأمانات فى المحطات والجمارك والمسارح والملاعب والنوادر الرياضية وكاينات الاستحمام، بل إن الوديعة فى هذه الأحوال وإن كانت اضطرارية تسرى عليها أحكام الوديعة الاضطرارية، ليست بوديعة الفندق^(١) وإنما المماثلة تكون فيما يميز الفندق والخان ، لا من ناحية اضطرار المودع أن يحضر أشياء معه فحسب ، بل أيضا من ناحية أن المودع يقيم فى الفندق إقامة مؤقتة ويغلب أن ينام فيه ليلة أو أكثر، فبرى

(١) السنهورى ص ٩٩٣- عكس ذلك محمد على عرفه ص ٥١١ ، أحمد نشأت

نفسه مضطرا إلى أن يترك أمتعته مدة غير قصيرة دون أن يلازمها فبقى في حراسة صاحب الفندق ، والفندق يتردد عليه الكثير من الناس، فيجب أن تمتد الحراسة لا فحسب إلى خدم الفندق وموظفيه بل أيضا إلى كل رائج وغاد في الفندق وعلى ذلك لا يجوز التوسع في تحديد المودع عنده - كما فعل التقنين القديم - فيكون مودعا عنده في معنى النص صاحب الفندق وكل مكان ينزل فيه المسافرون ولو لم يصدق عليه وصف الفندق كالحانات والبنيونات ، وكانت المادة ١٠١٣ من المشروع التمهيدى تذكر (البنيونات) صراحة ، والوكالات والغرف المفروشة وعربات النوم في السكك الحديدية وكاينات السفن والمستشفيات والمصحات.

وليس من الضروري أن يقدم الفندق الطعام للنزيل، ولا أن ينام النزيل في الفندق في أثناء الليل فمادام الفندق معدا للمبيت فيكفى أن ينزل فيه المسافر ولو لساعات معدودات يستريح فيها أو يقوم بحاجاته في البلد الذى فيه الفندق .

أما إذا أودع شخص أشياء في فندق لتسليمها إلى شخص آخر ، فهذه وديعة عادية ^(١).

ولكن لا تسرى أحكام هذه الوديعة على الشخص الذى يذهب إلى فندق لمجرد تناول طعام أو شراب أو لزيارة صديق أو مقابلة نزيل لآى غرض ، فإن إيداعه أحد رجال الفندق شيئا يخضع للقواعد العامة ^(٢).

(١) السنهاورى ص ٩٩٣ هامش (٢) .

(٢) أحمد نشأت ص ٦٤١ .

ولكن يشترط أن تكون هذه الأماكن مفتوحة للجمهور ، فإذا أجر شخص غرفة مفروشة في سكنه الخاص لشخص آخر اختاره بطريق التوصية أو الصلة الشخصية لم يدخل ذلك في نطاق الوديعة ^(١).

ولاتسرى أحكام هذه الوديعة إلا على الأشخاص الذى يعتبرون بحكم ظروفهم في حالة تضطربهم إلى الإيداع دون اعتبار لشخص الوديع . فلا يفيد منها إلا من يصدق عليهم وصف المسافرين ولا يدخل في هؤلاء الأشخاص الذين يسكنون فندقا كائنا بالحي أو بالبلد الذى يقيمون فيه عادة ، لأنه لم يكن هناك ما يضطربهم إلى اختيار هذا الفندق بالذات.

. كذلك لاتسرى أحكام الوديعة بالنسبة للأشخاص الذين يقيمون بالفنادق أو غيرها من الأماكن المفروشة لمدة طويلة ، لأن هؤلاء يكون لديهم من الوقت ما يمكنهم من اختيار المكان الذى تتوافر فيه وسائل الرقابة الكفيلة بحفظ ما لديهم ، فإن أساءوا الاختيار فإنهم يتحملون نتيجة سوء اختيارهم ^(٢).

ولاتسرى أحكام الوديعة على أصحاب المقاهى والمطاعم والملاهى ونحوها من الأماكن العامة لأنها وإن كانت مفتوحة للجمهور لا يعتبر من طبيعة عملها تلقى الودائع التى يحملها أولئك الذين يترددون عليها، إذ المفروض فى هؤلاء الأشخاص أنهم لا يبيتون بهذه الأماكن

(١) محمد على عرفه ص ٥١١ - السنهاورى ص ٩٩٤ - نادية معوض ص ٨١

وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٥١٣ .

والمفروض أن يحتفظوا بما لديهم في حراستهم الخاصة مثلهم في ذلك مثل أولئك الذين يترددون على المحلات التجارية وبالتالي لا يسأل أصحاب هذه الأماكن عما يتعرض له الزبائن من حوادث السرقة أو الضياع إلا إذا أثبت المجنى عليه حدوث ذلك بخطأ صاحب المحل أو أحد تابعيه وفقا للمبادئ العامة المقررة بصدد المسؤولية التقصيرية^(١).

٧٩. (ب) - الأشياء المودعة :

حددت الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ مدنى الأشياء محل الوديعة بقولها: " الأشياء التى يأتى بها المسافرون والنزلاء " وقد جاء لفظ "الأشياء" عاما ، فيشمل كافية الأشياء التى يأتى بها النزيل إلى المكان المخصص للوديعة مثل الحقائب والأمتعة والملابس والبضائع . كما يشمل لفظ الأشياء الأوراق المالية والمستندات والنقود والمجوهرات^(٢). ويدخل فى نطاق هذه الأشياء ما يأتى به النزيل ويودعه فى فناء الفندق أو جراحه كالسيارات والعربات والدراجات والحيوانات. ويستوى أن يحضر النزيل هذه الأشياء معه أو يعث بها إلى الفندق قبل وصوله ، أو يشتريها أو تسلم إليه أثناء إقامته^(٣).

(١) محمد على عرفه ص ٥١٢ - السنهوري ص ٩٩٤ وما بعدها - محمد كامل

مرسى ص ٤١٩ - أحمد نشأت ص ٦٤١ .

(٢) محمد على عرفه ص ٥١٤ - محمد كامل مرسى ص ٤٢٠ .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٢٠ .

٨٠ - (ج) - كيفية انعقاد الوديعة :

لا يلزم لانعقاد الوديعة تسليم الأشياء المودعة إلى الوديع شخصيا ، إنما يكفي لذلك أن يتسلمها أحد تابعيه كعمال الفندق . أو توضع في الغرفة التي يأوى إليها النزيل أو في أى مكان آخر يخصص لذلك ، ولو كان في فناء الفندق أو في مخازنه بل يكفي تسليم هذه الأشياء لعامل الفندق على رصيف المحطة التي يصل إليها النزيل . وسبق أن ذكرنا أنه يصح إرسال النزيل الأشياء الخاصة به قبل وصوله إلى الفندق ، كما يمكن أن يقوم بشراء بعض الأشياء أثناء إقامته بالفندق .

غير أنه يجب بصفة عامة أن تدخل هذه الأشياء الفندق برضاء صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو في القليل دون معارضة منه . أما الأمتعة التي يتركها النزيل في الفندق بعد مغادرته إياه أمانة عند صاحب الفندق ، لا يكون صاحب الفندق مسئولاً عنها إلا طبقا للقواعد العامة^(١).

٨١ - إثبات الوديعة :

للمودع إثبات الأشياء محل الوديعة بقيمتها بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البينة والقرائن ، إذ جرى العرف بأن لا يعطى صاحب الفندق أو ما شابهه إيصالا بعدد حقائب النزيل ومحتوياتها^(٢). كما أن هذه الوديعة نوع من الوديعة الاضطرارية .

(١) السنهوري ص ١٩٦ - نادية معوض ص ٨٣ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٢٠ - محمد على عرفه ص ٥١٦ - السنهوري ص

٩٦٦ وما بعدها .

وللقاضى أن يؤسس اقتناعه على القرائن التى يستنتجها من مركز
الوديع الاجتماعى ، وطريقة معيشته ، وحظه من الثروة ، ومستوى نزلاء
الفندق ، كما أن له أن يكمل اقتناعه بتوجيه اليمين المتممة إليه ^(١) .

**وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية فى حكمها الصادر
بتاريخ ١٤/٦/١٩٥٥ فى الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٢٥ ق بأن :**

الدائع التى يودعها النزلاء فى الفنادق يجوز إثباتها بالبينه والقرائن
مهما كانت قيمة الأشياء المودعة لوجود مانع ماذى من الحصول على
دليل كتابى .

(الحكم منشور بيند ٧٥) .

مسئولية الوديع عن الوديعة :

٨٢ - (أ) - نطق مسؤولية الوديع :

تقضى الفقرة الأولى من المادة ٧٢٧ مدنى بأن : " يكون أصحاب
الفنادق والحانات وما مائلها فيما يجب عليهم من عناية بحفظ الأشياء التى
يأتى بها المسافرون والنزلاء مسئولين حتى عن فعل المترددين على
الفندق أو الحان " .

فلم يجعل هذا النص مسؤولية الوديع عن هذه الوديعة قاصرة على
تقصيره الشخصى فى حفظ الوديعة والعناية بها ، وعلى ما يقع من
تقصير من تابعيه كالموظفين والخدم . بل جعلها شاملة ما يقع من كافة
المترددين على الفندق . وقد عبرت عن ذلك مذكرة المشروع التمهيدي
للتقنين المدنى بقولها : " تسرى أحكام المادة السابقة أيضا على وديعة

الأشياء التي يأتي بها المسافرون والنزلاء في الفنادق والحانات (والبنسيونات) التي يقيمون فيها" ^(١).

والمترددون على الفندق أو الخان يدخل فيهم النزلاء في الفندق أو الخان ، والزوار والمتعهدون الذين يترددون عليه ، والأشخاص الذين يدخلون الفندق خلصة ، ولو كان ذلك بمفاتيح مصطنعة أو بطريق التسلق أو الكسر . لأن مثل هذه الحالات لا تنزل منزلة القوة القاهرة التي تعفى وحدها من المسؤولية . فإذا حصل سرقة أو حريق أو إتلاف من أى هؤلاء كان صاحب الفندق هو المسئول عما يلحق المودع من ضرر ^(٢).

وواضح أن المترددين على الفندق يعدون من الغير ، وصاحب الفندق في الأصل غير مسئول عنهم . ولكن المادة نصت على مسؤوليته عن أفعالهم تشديدا لمسئوليته وحماية للنزلاء .

٨٢- (ب) تغفل الوديع من المسؤولية :

يستطيع صاحب الفندق التخلص من مسؤوليته قبل النزول إذا أثبت أن هلاك الوديعة أو تلفها أو ضياعها أو سرقتها ، قد حدث بخطأ النزيل ، كأن يترك النزيل مفتاح الدرج الذي وضع فيه نقوده أو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٦٩ هامش - وكان عبارة " كل رائج وغاد " واردة في مشروع المادة ١٠١٣ والتي أصبحت برقم (٧٢٧) إلا أن لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ استبطلت كلمتي "لترددن على" بعبارة " كل رائج وغاد " - مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٧١ .

(٢) محمد علي عرفه ص ٥١٧ - وعكس ذلك السهوري ص ١٠٠٠ هامش (١) وما بعدها .

يترك جواهراته في مكان ظاهر أو يهمل خلق باب غرفته مخالفاً بذلك نظام الفندق أو يحتفظ بمفتاح الحجرة ولا يطمه إلى الخادم ، إلا إذا كانت السرقة قد ارتكبها أحد أتباع صاحب الفندق ، لأن صاحب الفندق يكون مسؤولاً في مثل هذا الفرض على أى حال بناء على أنه أساء الاحتياط وقصر في الرقابة ^(١).

ولكن لا يكون النزول خطأ إذا ترك حقيبته غير مغلقة .
لو إذا كان النزول لم يتحقق من سلامة الأقفال والترايس الموجودة في الأبواب ^(٢).

غير أن وجود النزول في غرفته لا يعزل مسؤولية صاحب الفندق عن السرقة التي ترتكب إثر إضرارها بالنزول ^(٣).

وإذا امتزج خطأ النزول خطأ من صاحب الفندق كان هناك خطأ مشترك وتقاسمها المسؤولية . ويعتبر خطأ تابع النزول في حكم خطأ النزول ولكن إذا ارتكب الحادث أحد أتباع صاحب الفندق ، فإن المسؤولية تتحقق ولو كان هناك خطأ في جانب النزول أو تابعه ^(٤).

(١) محمد علي عرفه من ٥١٧ - محمد كامل مرسى من ٤٢٢ .

(٢) محمد علي عرفه من ٥١٧ - نادية معوض من ٨٧ .

(٣) محمد كامل مرسى من ٤٢١ هامش (١) واستغفرت بخط ٣٠ مايو ١٨٩٥

نشرت إليه بالهامش .

(٤) السهورى من ٩٩٩ الهامش .

ويستطيع صاحب الفندق دفع مسؤولية إذا أثبت أن الحادث وقع نتيجة قوة قاهرة كزلازل أو غارة جوية أو ثورة أو غزو أو حرب أهلية أو اضطرابات ومثل ذلك تمرد قوات الأمن المركزى فى منطقة الحرم .محافظة الجيزة فى يناير ١٩٨٦ مما ترتب عليه حدوث تلفيات بكل من فنادق هوليداي ان سفنكس وبيراميدز وهوليدان إن وجولى فيل^(١) . أو حريق امتد من مكان مجاور ولا يد لصاحب الفندق فيه . أما إذا كان الحريق ناشئا عن إهمال صاحب الفندق أو أحد أتباعه أو أحد المترددين على الفندق ، فيكون صاحب الفندق مسئولاً فى هذه الحالة^(٢) .

و كذلك لا يسأل صاحب الفندق إذا سرقت الوديعة بالإكراه ، ما لم تكن السرقة من تابعيه^(٣) .

ولا يسأل صاحب الفندق إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه وهى عناية الشخص المعتاد فى المحافظة على الأشياء المودعة ، وأن الحادث لا يمكن أن يكون قد وقع من خدمه أو أتباعه أو من المترددين على الفندق^(٤) . ويلتزم النزىل بإثبات أن الوديعة قد هلكت أو أتلقت أو سرقت أو فقدت ، وحينئذ يلتزم صاحب الفندق بأن يثبت أن ذلك حدث بأحد الأسباب التى تندفع بها مسئوليته على النحو الذى أوضحناه سلفاً .

(١) نادى معوض ص ٨٧ هامش (٢) .

(٢) السنهورى ص ٩٩٩ وهامش (١) .

(٣) محمد كامل مرسى ص ٤٢٠ هامش (٩) .

(٤) السنهورى ص ٩٩٩ وما بعدها - نادى معوض ص ٨٧ .

٨٤- (جس) - تحديد قيمة التعويض عن النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٢٧ مدق على أن : " غير أنهم لا يكونون مسئولين فيما يتعلق بالنقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة عن تعويض يجاوز خمسين جنيها ، ما لم يكونوا قد أخذوا على عاتقهم حفظ هذه الأشياء وهم يعرفون قيمتها ، أو يكونوا قد رفضوا دون مسوغ أن يتسلموها عهدة في ذمتهم ، أو يكونوا قد تسببوا في وقوع الضرر بخطأ جسيم منهم أو من أحد تابعيهم " .

فهذا النص وضع حد أقصى للتعويض الذي يلزم به صاحب الفندق قبل النزول عن هلاك أو تلف أو سرقة أو فقد الوديعة من النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة بمبلغ خمسين جنيها .

والمقصود بالأشياء الثمينة المجوهرات والمصاغ والأدوات الفضية والتحف النادرة والمستندات الهامة ، وبوجه عام كل شيء يغلب أن تزيد قيمته على خمسين جنيها حتى يستساغ القول بأن صاحب الفندق لا يكون مسئولا عنه إلا في حدود خمسين جنيها فيما عدا حالات خاصة .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيلي أنه :

" ونظرا لهذا التوسع في أحوال مسئولية أصحاب الفنادق والمخانات ، رؤى تمشيا مع الحركة التشريعية الحديثة وضع حد أقصى للتعويض الذي يلزمون به . فنصت الفقرة الثالثة من المادة على أن يكون الحد الأقصى لما يحكم به من تعويض مبلغ ٥٠ جنيها " ^(١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٧٢ .

إل أنه استثناء من هذا التحديد يكون للنزيل تقاضى قيمة التعويض طبقاً للقواعد العامة ، أى طبقاً للمسئولية العقدية ، فيكون بقيمة الضرر الذى حاق به . وذلك فى حالات ثلاث هى :

١- أن يكون صاحب الفندق قد أخذ على عاتقه حفظ هذه الأشياء وهو يعرف قيمتها .

٢- أن يكون صاحب الفندق قد رفض دون مسوغ أن يتسلم هذه الأشياء من النزيل عهدة فى ذمته . إذ ليس من حق صاحب الفندق أن يمتنع عن تسليم ما يعهد به إليه النزلاء من أشياء ثمينة فى أى ساعة من ساعات الليل أو النهار .

فإذا امتنع دون مسوغ اعتبر مرتكباً خطأ جسيماً فيلتزم بتعويض الضرر بأكمله^(١) . ويترك للقاضى الموضوع تقدير المسوغ .

٣- أن يكون صاحب الفندق قد تسبب فى وقوع الضرر بخطأ جسيم منه أو من أحد تابعيه . ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الخطأ الجسيم .

وقد جاء بملكرة المشروع التمهيدى أنه :

" إلا إذا وقع من صاحب الفندق أو الخان أو من أحد تابعيه خطأ جسيم ، فيلزمه تعويض الضرر بأكمله وفقاً للقواعد العامة ، ويعتبر صاحب الفندق أو الخان مرتكباً خطأ جسيماً إذا تسلم الأشياء لحفظها مع علمه بقيمتها . أو إذا رفض تسلمها دون مسوغ ويترك للقاضى تقدير المسوغ ، كما يترك له تقدير الخطأ الجسيم " ^(٢) .

(١) محمد على عرفه ص ٥١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٧٣ .

والحد الأقصى للتعويض الذى وضعته الفقرة الثانية من المادة ٧٢٧ مدنى سائلة الذكر ، أصبح لا يتناسب على الإطلاق مع انخفاض القوة الشرائية للنقود فى الآونة الحاضرة ، ويجب إعادة النظر فيه ورفعها إلى الحد المناسب .

٨٥- (د) سقوط حقوق المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان :

تسقط حقوق المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان عن سرقة الشئ المودع أو ضياعه أو تلفه فى حالتين :

الحالة الأولى :

ما تقضى به الفقرة الأولى من المادة ٧٢٨ مدنى من أنه على المسافر أن يخطر صاحب الفندق أو الخان ، بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمحرد علمه بوقوع شئ من ذلك، فإن أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه - فقد رأى الشارع أنه فى مقابل التوسع فى تقرير مسئولية صاحب الفندق أو الخان ، إلزام المودع بشئ من اليقظة فى المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد ، فأوجب عليه إخطار صاحب الفندق بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمحرد علمه بوقوع شئ من ذلك . فإن أبطأ فى الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه . كما يرجع ذلك أيضا إلى أن النزيل يتصرفه هنا يكون قد أضاع على صاحب الفندق أو الخان فرصة الكشف عن المسئول عن الحادث ولو كان الإخطار قد تم فى وقت مناسب ^(١).

(١) محمد على عرفه ص ٥١٩ - نادية معوض ص ٨٨ .

وعبارة " فسلان أبطاً في الإخطار " مرنة فلا يمكن وضع وقت معين للإخطار حتى لا يكون المسافر قد أبطاً في الإخطار . من ثم فإن بطء النزول في الإخطار من عدمه مسألة يجب أن تترك لتقدير القاضي .
كما يستقل القاضي أيضاً بتقدير ما إذا كان هناك مسوغ للإبطاء في الإخطار من عدمه وإذا غادر النزول الفندق أو الخان قبل أن يكتشف ما لحقه من ضرر ، فيتعين عليه أيضاً ألا يبطئ في إخطار الوديع به بعد اكتشافه مباشرة^(١) .

وقد جاء بملكرة المشروع التمهيدى أنه :

". وقد رأى أيضاً مقابل التوسع في تقدير مسؤولية صاحب الفندق أو الخان ، إلزام المودع بشئ من اليقظة في المحافظة على حقوقه أكثر من المعتاد . ففرض عليه أن يحظر صاحب الفندق أو الخان بسرقة الشئ أو ضياعه أو تلفه بمجرد علمه بوقوع شئ من ذلك ، بحيث إذا أبطأ في الإخطار دون مسوغ سقطت حقوقه (م ١٠١٤ فقرة أولى). والقاضى هو الذى يقدر ما يعتبر إبطاء مسقطاً للحقوق ، وما يعتبر مسوغاً للإبطاء"^(٢) .

الحالة الثانية :

ما تنص عليه الفقرة الثانية من المادة ٧٢٨ مدق من أنه تسقط بالتقادم دعوى المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان باتقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يغادر فيه الفندق أو الخان .

(١) محمد على عرفه ص ٥١٩ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٧٣ .

فقد وضع الشارع تقادما قصيرا لسقوط حق المودع بالتقادم قبل صاحب الفندق أو الخان هو انقضاء ستة أشهر من اليوم الذى يفادر فيه الفندق أو الخان .

وكان النص كما ورد فى المشروع التمهيدي برقم (١٠١٤) ينص على بدء مدة التقادم من اليوم الذى ينكشف فيه الضياع أو التلف ، إلا أن لجنة المراجعة عدلت النص إلى الوضع الراهن " ليكون الأمر محمداً "(١) لأن وقت انكشاف الضياع أو التلف غير منضبط فقد يتأخر فتطول مدة التقادم . فلا يفيد صاحب الفندق أو الخان من هذا التقادم القصير كما تنفيا المشرع . كما يعلل البعض هذا التعديل باحتمال أن يكون سكوت المودع عن المطالبة أثناء إقامته بالفندق راجعا إلى ما قد يئذله الوديع له من وعود (٢) .

ويرجع السبب فى تقصير مدة التقادم إلى رغبة المشرع فى جعل صاحب الفندق فى مأمن من مطالبة النزلاء فى فندقه بعد ستة أشهر من مفادرتهم الفندق حيث اعتبر هذه المدة كافية للمطالبة فإذا انقضت كان من حق صاحب الفندق أن يطعن إلى أنه غير معرض لأية مسئولية .

٨٦- (هـ) الاتفاق على تشديد مسئولية الوديع :

يجوز الاتفاق على تشديد مسئولية صاحب الفندق أو الخان ، فيجوز الاتفاق مثلا على أن يتحمل صاحب الفندق أو الخان المسئولية حتى لو

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٢٧٢ وما بعدها .

(٢) محمد على عرفه ص ٥٢٠ هامش (١) .

أثبتت أنه بذل عناية الرجل المعتاد وأنه لم يصدر خطأ من أحد تابعيه أو من المترددين على الفندق فلا يستطيع أن ينفي مسؤوليته إلا بإثبات القوة القاهرة .

وقد يصل الاتفاق على تشديد مسؤولية صاحب الفندق أو الخان إلى أبعد من ذلك ، بحيث يتحمل المسؤولية الناشئة عن القوة القاهرة ، ويكون هذا الاتفاق ضرباً من التأمين .

كما يجوز الاتفاق على رفع الحد الأقصى لقيمة التعويض عن النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة على الحد الأقصى المحدد لها قانوناً وهو خمسون جنيهاً ، وبأن يكون التعويض بقيمة الشيء المالك أو التالف أو المسرورق أو المفاقد .

وليس في ذلك تعارض مع نص المادة ٢/٧٢٧ مدق التي تحدد هذه المسؤولية لأن هذه المادة وضعت لحماية مصالح أصحاب الفنادق والخانات ، فإذا تنازل هؤلاء عن حقهم هذا وقبلوا تشديد مسؤوليتهم فليس هناك ما يمنع من ذلك . فالحق رخصة لصاحبها أن يستعملها كما أن له أن يتنازل عنها ^(١) .

٨٧- هل يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية الوديع ؟

انقسم الرأي في هذه المسألة .

فذهب رأى إلى أنه يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية الوديع ، لأن هذا الاتفاق ليس فيه ما يخالف النظام العام أو

(١) راجع السنجوري ص ١٠٠٤ - نادية معروض ص ٩٣ .

الآداب، كما أنه لا يخالف نصا أمرا . فالمرجع لم يرد بالنص على تشديد مسؤولية الوديع إلا حماية المودع الذى لم يكن له يد فى الالتجاء إليه واختصاصه إياه بثقته . فإذا تم الاتفاق بينهما على تحكيم القواعد العامة فى المسؤولية، كان هذا الاتفاق صحيحا منتجا لأثره فى مواجهة الطرفين غير أنه يلزم حتى ينتج مثل هذا الاتفاق أثره أن يكون سابقا على حصول الإيداع ، أو أن يكون قد تم بعد حصوله باتفاق صريح بين الطرفين وبناء على ذلك لا يكفى لتحديد مسؤولية الوديع لصق إعلانات مطبوعة على أبواب الغرف، تتضمن كون الوديع غير مسئول إلا عن الودائع التى تسلم إليه شخصا ، أو تلك التى يعطى بها إيصالا أو قائمة ببيانها . فحتى يفرض اطلاع المودع على مثل هذا الإعلان بعد دخوله فى المكان المعد لحفظ الوديعة ، فإنه لا يستفاد من ذلك أن نيته اتجهت إلى قبول إخلاء مسؤولية الوديع على هذا النحو بل إن عدم تقيده بما جاء فيه دليل على أنه لا يقره . وليس للمدين أن يتخلى عن التزامه أو أن يعدل فيه بإرادته المنفردة .

وبعضى هذا رأى قائلا أنه على الوديع الذى يريد أن يحتاط لنفسه ويضمن تحديد مسؤوليته أن يبادر بإخطار المودع بذلك قبل قبول الأشياء المودعة ، ففى وسع إدارة الفندق مثلا أن تعلن النزلاء بشرط تحديد المسؤولية لدى ردها على الخطابات المرسلة منهم بطلب حجز الغرف . وإذا كان الشخص قد حضر إلى الفندق دون سابق إخطار ، فإنه يكفى أن يلفت نظره إلى وجوب الاطلاع على التعليمات المطبوعة التى يتعين

عليه اتجاهها لتضمنان المحافظة على ما عنده يكون في حوزته من الأشياء الشخصية مثلا على أنه حق في هذه الحالة لا يضي الوديع إلا من المسؤولية المترتبة على فعل الغير ، فإذا أثبت للمودع أن ضياع الوديعة أو تلفها قد نجم عن فعل الوديع أو أحد تابعيه ، فإنه ينال عن التعويض كاملا وفقا للقواعد المقررة في المسؤولية التقصيرية^(١).

يسمحنا ذهب رأى آخر إلى أن هذا الاتفاق غير جائز ولو كان اتفاقا صريحا:

وقد استند هذا الرأي إلى ما يأتي :

١- أنه ورد في الأعمال التحضيرية للتقنين المدني في موضعين ما يجعل هذا الاتفاق باطلا .

فقد ورد ذلك أولا في الوديعة الاضطرارية بوجه عام ، ووديعة القنادق نوع منها حيث ورد في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي أنه لا يجوز الاتفاق في الوديعة الاضطرارية " على إعفاء الوديع من مسؤوليته ولا تخفيف هذه المسؤولية عنه ، وذلك لأن كل اتفاق من هذا النوع يتجوبه الإكراه من جانب الوديع " (جـ ٥ ص ٣٦٧ الهامش) - وورد ثانيا في وديعة القنادق بالفئات حيث طبقت عليها أحكام الوديعة الاضطرارية ، فعاء في المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي : " كما يقع باطلا كل اتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية " (جزء ٥ ص ٢٧).

(١) محمد علي عرفة ص ٥١٨ وما بعدها ومن هذا رأى أيضا محمد كامل مرسى

وأنة لا ينال من ذلك ما جاء في موضع آخر ما يفيد أن الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية جائز صحيح . فقد استفسر في لجنة الشئون التشريعية لمجلس النواب عن الحكم فيما إذا علق صاحب الفندق إعلانه يعفى فيه نفسه من المسؤولية فأجيب " بأنه إذا كان الإعلان صريحا في الإعفاء من المسؤولية وفي مكان ظاهر يراه النزول ولم يعترض عليه ، فإن صاحب الفندق لا يكون مسئولا حتى عن التعويض المخفف لأن شرط الإعفاء من المسؤولية جائز في هذه الحالة طبقا للمادة ٢٢٤ فقرة ثانية من المشروع " (جـ ص ٢٧٠ ، ٢٧١) فضلا عن أن هذا الحكم جاء محل خلاف في الفقه^(١).

٢- أن وضع مثل هذا الشرط لا يعلو أن يكون في جوهره شرطا من شروط الإذعان التي يتعين إلغاؤها وعدم العمل بها حماية لمصلحة النزول الأولى بالسرية وإلا فإن العمل بمثل هذا الشرط من شأنه أن يجعل الفنادق تتوسع فيه وتمسك بالأخذ به وتضيع الغاية التي ينشدها النزلاء والتي من أجلها يلجأون إلى الفندق للحصول على الأمن والأمان سواء على أنفسهم أو على ما لهم^(٢).
ونرى الأخذ بالرأى الثاني .

٨٨- (ز) - عقوبة تبديد الوديعة :

راجع بندي (٢٩ ، ٥٢) .

(١) السنيهورى ص ١٠٠٤ وما بعدها - نادية معوض ص ٩٣ وما بعدها .

(٢) نادية معوض ص ٩٤ .

(العقد الثاني)

(عقد العارية)

موضوع رقم (٨)

التنظيم التشريعي لعقد العارية - تعريف عقد العارية - خصائص عقد العارية - تمييز عقد العارية عما يلتبس به من العقود الأخرى

٨٩- التنظيم التشريعي لعقد العارية :

أوردت التنظيم التشريعي لعقد العارية المذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد تحت عنوان (نظر عامة) ، وقد جاء بها :
" وضعت العارية إلى جانب عقد الإيجار باعتبارهما من العقود التي ترد على المنفعة كما أشير إلى ذلك في باب القرض .

واتبع في ترتيب أحكامها ترتيبا منطقيا كما اتبع في غيرها من العقود المشابهة لها ، فعرفت العارية ، ثم ذكرت التزامات المعير ، فالتزامات المستعير ، وختم الموضوع بأسباب انقضاء العارية .

ويختلف المشروع عن التقنين الحالي في مسائل أهمها ما يأتي :

١- جعل المشروع العارية عقدا رضائيا ، وهو عيني في التقنين الحالي، وذلك تمشيا مع التطور الحديث ، وطبقا لما أخذه به في عقد القرض.

٢- بين المشروع بوضوح أن العارية عقد ملزم للحائنين .

٣- وضع المشروع أحكام المصروفات التي يقوم بها المستعير ، فبين حكم المصروفات الضرورية والنافعة ونفقات الصيانة والنفقات اللازمة لاستعمال الشيء كما بين حكم ضمان الاستحقاق وضمن العيوب الخفية.

وقرر للمستعير الحق في حبس العارية إلى أن يستوفي ما يكون مستحقا له من مصروفات وتعويضات .

٤- عين المشروع مقدار العناية الواجبة على المستعير في المحافظة على العارية ، فطلب منه أكبر العناية ، بل اقتضى منه أن يقدم المحافظة على العارية على المحافظة على الشيء المملوك له . غير أنه اكتفى بأن يرد العارية بالحالة التي تكون عليها وقت الرد .

٥- بين أسباب انقضاء العارية وعنى بحق المعير في إلغاء العارية إذا احتاج إلى الشيء المعار ، أو أساء المستعير استعمال ذلك الشيء، أو أصبح في حالة إعسار " (١) .

٩٠- تعريف عقد العارية :

عرفت المادة ٦٣٥ من التقنين المدني عقد العارية بقولها :

" العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئا غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يردّه بعد الاستعمال " (٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٦٦٤ وما بعدها .

(٢) العارية لغة : إعارة الشيء .

العارية شرعا: تملك المنافع مجاناً حال حياة المالك تكملة ابن عابدين جـ ٢ ص ٣٨٢ - على الخفيف مختصر المعاملات الشرعية الطبعة الثانية ص ٢٠٤

وبين من هذا التعريف أن محل عقد العارية شيئا غير قابل للاستهلاك
يسلمه المعير للمستعير ليستعمله دون عوض، على أن يردّه عينا عند نهاية
العارية .

وسنفرض في البند التالي لخصائص عقد العارية .

٩١- خصائص عقد العارية :

١- العارية عقد رضائي :

العارية عقد رضائي يتم بمجرد توافق الإيجاب والقبول دون حاجة إلى
شكل خاص ، وذلك بالرغم من أن العارية من عقود التبرع دائما فعقد
التبرع الشكلي هو عقد الهبة لأنه ينقل الملكية ، ولا يقتصر كمقد العارية
على ترتيب التزام شخصي .

ومفاد ذلك أن التسليم ليس ركنا من أركان العقد ويتعقد العقد
بدونه، وإنما هو مجرد التزام يترتب عليه عقد على عاتق المعير .

وفي هذا يختلف الوضع في القانون الجديد عما كان عليه القانون
القديم، إذ كان عقد العارية في ظل القانون الأخير عقد عيني لا يتعقد إلا
بالتسليم .

وفي هذا جاء بالمذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني الجديد تحت
عنوان " نظرة عامة " ما يأتي :

" يختلف المشروع عن التقنين الحالي في مسائل أهمها ما يأتي :

١- جعل المشروع العارية عقدا رضائيا ، وهو عيني في التقنين الحالي ، وذلك تمشيا مع التطور الحديث ، طبقا لما أخذ به في عقد القرض^(١) إلخ " .

٢- العارية عقد ملزم للجانبين :

فيلتزم المعير بتسليم الشيء المعار إلى المستعير كما يلتزم ببعض الالتزامات الأخرى التي سنعرض لها في موضعها ، كما يلتزم المستعير باستعمال الشيء المعار في الغرض المعدله وبالمحافظة عليه ورده عند انتهاء الوديعة .

وقد ذهب بعض الفقهاء إلى أن العارية كانت في ظل التقنين المدني القديم عقدا ملزما للجانب واحد ، تأسيسا على صفتها العينية فكان التسليم ركنا فيها لا التزاما متولدا عنها ، فلما زالت هذه الصفة وأصبحت عقدا رضائيا ، صار ذلك التسليم التزاما على عاتق المعير، ومن نشأ عنها التزامات في ذمة الجانبين فيها^(٢) .

بينما ذهب البعض الآخر - والذي نؤيده - إلى أن العارية كانت في القانون القديم ملزمة للجانبين ذلك أن العارية لما كانت عقدا عينيا في القانون المذكور كانت تنشئ التزاما في ذمة المعير ، لا بالتسليم فإن هذا كان ركنا لا التزاما ، بل بالامتناع عن استرداد الشيء المعار قبل نسيهاية

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٦٦٤ .

(٢) الدكتور محمود جمال الدين زكي مبادئ القانون المدني في العقود المسماة الصلح، الهبة ، القرض والدخل الدائم ، العارية الطبعة الأولى ص ٢٣٧ .

العارية . ويؤكد ذلك ما ورد في المادة ٦٣٦ مدني من أنه " يلتزم المعير أن يسلم الشيء المعار وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية " . فالالتزام بتسليم الشيء المعار كان في التقنين المدني السابق ركنا لا التزاما كما سبق القول ، أما الالتزام بترك الشيء المعار للمستعير والامتناع عن المطالبة برده إلا عند نهاية العارية فهذا التزام قائم في ذمة المعير سواء كانت العارية عقدا رضائيا أو عقدا عينيا . ويبين من ذلك أن العارية ، عندما كانت عقدا عينيا ، كانت تنشئ التزاما في جانب المعير بترك الشيء المعار للمستعير إلى نهاية العارية ، يقابله في جانب المستعير التزام بالمحافظة على الشيء المعار . فإذا أخل المستعير بهذا الالتزام وقصر في المحافظة على الشيء المعار ، جاز للمعير أن يتحلل من التزامه المقابل عن طريق فسخ العقد واسترداد ما أعاره قبل انتهاء العارية . وهذا التحليل يفسر ما انعقد عليه الإجماع من أن قاعدة الفسخ تسرى على عقود العارية . ومن ثم فلا عمل إلى القول - كما ذهب البعض - إلى أن قاعدة الفسخ تسرى على العقود الملزمة لجانب واحد كما تسرى على العقود الملزمة للطرفين ، ولا إلى مسامرة فقهاء آخرين في تسمية الفسخ في عقد العارية بالإسقاط . بل يبقى الفسخ على طبيعته مقصورا على العقود الملزمة للطرفين ومنها عقد العارية حتى لو كان عقدا عينيا . وهذا التحليل لا يزال ضروريا حتى بعد أن أصبحت العارية عقدا رضائيا ، وذلك أن المعير إذا فسخ العارية في حالة إخلال المستعير بالتزامه في المحافظة على الشيء ، فإن المعير لا يتحلل

بذلك من الالتزام بالتسليم بل من الالتزام بالامتثال عن المطالبة بالاسترداد إلى نهاية العارية^(١).

٣- العارية من عقود التبرع :

العارية من عقود التبرع ، وتعتبر المجانية كما في الهبة قوام هذا العقد، وليست كما في القرض من طبيعته فقط . ولذلك نصت المادة ٦٣٥ على أن العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير ... ليستعمله بلا عوض". وعلى هذا أيضا كانت تنص المادة ٥٦٨/٤٦٧ من التقنين المدني القديم بقولها " عارية الاستعمال تكون بلا مقابل أبدا " .

ولكن نية التبرع ليست عنصرا فيها كما هو الشأن في عقد الهبة فيعتبر العقد عارية ولو قصد المعير من ورائه إلى تحقيق مصلحة شخصية كخطاب يعير مخطوبته جواهر ثمينة عند ظهورها معه في الحفلات^(٢).

ويميز الفقه عادة في عقود التبرع بين عقود التفضل والهبات فعقود التفضل يولى المتبرع فيها المتبرع له فائدة دون أن يخرج عن ملكية ماله ، أما الهبات فيخرج فيها المتبرع عن ملكية المال المتبرع به . ومن ثم تكون العارية عقد تفضل ، لأن المعير يتبرع بمنفعة العين دون أن يخرج عن ملكيتها^(٣).

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الإيجار والعارية- المجلد الأول ١٩٦٣ ص ١٥٠٩ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ٢٣٧.

(٣) السنهوري ص ١٥١٠ .

٤- عقد الهبة يخول المستعير استعمال الشيء لا استغلاله :

عقد الهبة يخول المستعير أن يستعمل الشيء لا أن يستغله ، ويده عليه يد عارضة ، فالثمار والحيازات القانونية تكون للمعير . ولما كانت العارية لا تنقل الملكية إلى المستعير ، فليس من الضروري أن يكون المعير مالكا للشيء المعار ، بل يجوز أن يكون حائزا كالمستفيع ، أو صاحب يد عارضة كالمستأجر .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" ... (٣) وأنها تخول المستعير أن يستعمل الشيء ، لا أن يستغله وأن يده عليه يد عارضة ، فالثمار والحيازات القانونية تكون للمعير " كما جاء بها : " (٤) وأن العقد يتم بين المستعير والمعير ، سواء أكان المعير مالكا أم غير مالك ، كالمستفيع والمستأجر والمرتهن إلخ ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" لا يلزم سلامة الحكم أن تذكر المحكمة فيه القواعد القانونية التي ينته عليها إذ العبرة في صحته هي بصوره موافقاً للقانون . فإذا كانت المحكمة قد بنت حكمها برد مبلغ " الدوطة " على أن " الدوطة " تدفعها الزوجة للزوج ليستغلها في شؤون الزوجية مادامت قائمة فإذا انقضت أصبحت واجبة الرد ، فإن حكمها يكون سليماً قانوناً ، إذ أن مبلغ

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٦٦ .

الدوطة يكون في هذه الحالة مسلماً على سبيل أنه عارية استعمال واجبة الرد عند حلول الظرف المتفق عليه طبقاً للمادة ٤٦٤ من القانون المدني".
(طعن رقم ٥ لسنة ١٣ ق جلسة ١٩٤٣/٥/٢٧)

٩٢- تمييز عقد العارية عما يلتبس به من العقود الأخرى :

١- العارية والإيجار :

تتفق العارية والإيجار في أن كلا منهما يرد على منفعة شيء ، ويختلفان في أن العارية عقد تبرع والإيجار عقد معاوضة ، لأن المستأجر يدفع مقابلاً للارتفاع ، أما المستعير فلا يدفع شيئاً .

وفي هذا جاء بملزمة المشروع التمهيلي :

".. وأنسها (العارية) عقد تبرع إذ لو كانت بأجر انقلبت إيجاراً"^(١).
وقد رتب المشرع على هذا الفرق خلافاً في الآثار التي تترتب على كل منهما ، فألزم المؤجر بصيانة العين المؤجرة (م ٥٦٧) وقصر العناية المطلوبة من المستأجر فيما يتعلق بالمحافظة على العين المؤجرة على عناية الشخص المعتاد (م ٥٨٣) ، أما في العارية فقد جعل نفقات الصيانة على المستعير (م ٦٤٠) ، وألزمه بأن ينزل في المحافظة على الشيء العناية التي ينزلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد (م ٦٤١)^(٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٦٦ .

(٢) عقد الإيجار الدكتور سليمان مرقس ١٩٦٨ ص ٢٨

٢- العارية والهبة :

تتفق العارية والهبة في أن كلا منها يلزم صاحب الشيء أن يعطيه لآخر دون مقابل . ولكن في العارية يكون إعطاء الشيء بمجرد الانتفاع بالشيء أما الملكية فتظل لصاحبها ، أما في الهبة فالواهب ينقل ملكية الشيء إلى الموهوب له .

كما يختلفان في أن الهبة عقد شكلي أوعيني ، أما العارية فهي عقد رضائي.

٣- العارية والوديعة :

تتفق العارية والوديعة في أن كلا من المستعير والوديع يتسلم شيئا للغير يحفظه عنده ويرده إليه عند نهاية العقد ، فلا تنتقل فيها الملكية إلى المستعير والوديع .

إلا أنهما يختلفان في أن المستعير يستعمل الشيء المعار لمنفعته ، أما الوديعة فلا يستعملها الوديع إلا في حالات استثنائية أوردناها عند تناول الوديعة .

وأنه في الوديعة يقدم الوديع خدمة للمودع ، ولكن في العارية يحصل المستعير على منفعة من المعير .

وأن الوديعة يجوز أن تكون بمقابل أما العارية فهي مجانية دائما .
وأن مسؤولية الوديع أخف من مسؤولية المستعير ، لأن الأول كما ذكرنا يقدم خدمة ، بخلاف الثاني فهو يحصل على منفعة^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٦٧ وما بعدها .

٤- العارية والقرض :

تتفق العارية والقرض في أن كل منهما يلزم صاحب الشيء أن يعطيه
لآخر على أن يسترده في نهاية العقد . ولكن الذي يرد في العارية هو
ذات الشيء المعار ، أما في القرض فيرد مثله ، وذلك ناشئ عن كون العارية
لاتنقل ملكية الشيء إلى المستعير ، أما القرض فينقل ملكية الشيء إلى
المقترض وهذا يستلزم أن يكون محل العارية غير قابل للاستهلاك .

موضوع رقم (٩)

(أركان عقد العارية وشروط صحتها)

٩٣- تعداد :

العارية كأي عقد من العقود لها ، أركان ثلاثة هي : التراضي والمحل والسبب ونعرض لها فيما يلي :

(أولا : شروط الانعقاد)

٩٤- إحالة إلى القواعد العامة :

ليس للعارية في أركان انعقادها أحكام خاصة ، بل تسرى عليها القواعد العامة كسائر العقود الرضائية .
فإذا أعطى شخص آخر شيئا وقصد أن يكون عارية واعتقد الآخر أنه هبة ، لم يتوافق الإيجاب والقبول فلا ينعقد العقد لا باعتباره هبة ولا باعتباره عارية .

ويرى بعض الشراح أن العاقد الذي يسلم الشيء بقصد الهبة يعتبر أنه قابل لتسليمه بقصد عارية الاستعمال من باب أولى . ولكن هذا الرأي غير وجيه ، لأنه بمقتضى القواعد القانونية العامة لا يتم العقد إذا لم تتفق إرادة العاقلين على نفس العقد المراد إجراؤه بينهما . وبناء على ذلك فلمن سلم الشيء أن يسترده من يد أى شخص ، سواء أكان العاقد معه أم غيره، مع عدم الإخلال بأحكام اكتساب الملكية بالتقادم^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٦٩ .

٩٥. من يملك الإعارة ؟

يملك الإعارة كل من له حق التصرف في الانتفاع بالشيء المعار ، فلا يقتصر حق الإعارة على مالك الشيء وحده ، لأنه لا يترتب على الإعارة نقل ملكية الشيء المعار . ويجوز لنائب المالك سواء أكان نائبا اتفاقيا (الوكيل) أو نائبا قانونيا (الولى أو الوصى أو القيم) ، إعارة الشيء المملوك لناقص الأهلية .

وتجوز الإعارة لصاحب حق الانتفاع والمستأجر والمرتهن رهن حيازة، وتكون الإجارة منهم صحيحة حتى ولو كانت للمالك ^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

".... (٤) وأن العقد يتم بين المستعير والمعير ، سواء أكان المعير مالكا أو غير مالك . كالمتنفع والمستأجر والمرتهن " ^(٢).

ولكن لا يجوز للوديع إعارة الشيء المودع ، إلا إذا كان له حق الاستعمال .

(١) السنهورى ص ١٥١٦ - محمد كامل مرسى ص ٢٧٢ - ويشير الدكتور محمد كامل مرسى إلى أن البعض يرى أن المستأجر ليس له هذا الحق خصوصا إذا كان العقد يمنع المستأجر من أن يتنازل عن حقه أو أن يوجره من باطنه ، أو إذا كان الإيجار يعتبر فيه شخص للمستأجر كالزراعة ، والعللة في ذلك هي أن للمستأجر يستأجر الشيء للانتفاع به ، والعارية لا تدخل ضمن أعمال الانتفاع.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٦٦ .

ولا يجوز للحائز للعين إعارتها لأنه ليس له حق استعمالها .
ولا يجوز للمستعير أن يعير الشيء المعار له ، لأنه معار لاستعماله
الشخصي وملحوظ في العارية معنى التمتع واعتبارات شخصية ، غير أنه
يجوز له الإعارة إذا أذنه المعير في ذلك .

٩٦- إعارة ملك الغير :

إذا أعار شخص شيئا مملوكا لغيره وليس له حق إعارته ، كان العقد
ملزما للعاقدين ، وليس للمعير أن يطلب من المستعير رد الشيء بحجة أنه لم
يكن له . على أن العقد المذكور لا يمنع المالك من الحصول على ذلك
الشيء من المستعير مباشرة ولو قبل انقضاء الأجل ، لأنه لم يكن طرفا في
عقد العارية حتى يحتج به عليه . وإنما يجوز للمستعير أن يحصل من
المعير على تعويض إذا أخذ الشيء المعار قبل الأجل متى كان المعير سعي
النية^(١) .

٩٧- إعارة الشيء المسروق :

تصح إعارة الشيء المسروق ممن سرقه ، وتكون العارية ملزمة له ، لأن
السارق يعتبر ذا اليد على الشيء المسروق بالرغم من سوء نيته . غير أن
هذه العارية لا تسرى في حق مالك الشيء ، وله أن يطالب المستعير برده .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٧٣ .

غير أنه إذا علم المستعير بالسرقه وجب عليه إخطار المالك الحقيقي بذلك، وإلا اعتبر مخفيا لشيئ متحصلا من جريمة سرقة ويخضع للعقوبة المنصوص عليها في المادة ٤٤ مكررا من قانون العقوبات .

ثانياً: المحل والسبب

(أ- المحل :

٩٨- إحالة إلى القواعد العامة :

المحل في عقد العارية هو الشيء المعار . ويجب أن يتوافر في الشيء المعار شروط المحل بصفة عامة والتي عرضنا لها في المجلد الأول. وهي أن يكون موجوداً ، معيناً أو قابلاً للتعين ، مشروعاً أى لا يخالف النظام العام أو الآداب ، وبالبناء على ذلك إذا كان الشيء المعار مهرباً أو من الأسلحة المرخصة أو من الكتب أو الصور الممنوعة لم تجز إعارته .

٩٩- يشترط أن يكون الشيء المعار غير قابل للاستهلاك :

بجانب الشروط العامة في المحل والتي أشرنا إليها في البند السابق، يشترط في الشيء المعار أن يكون غير قابل للاستهلاك وإلى هنا أشارت المادة ٦٣٥ مدني بقولها : " العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ... إلخ " ذلك أن المستعير يأخذ الشيء ليستعمله وليرده بعينه ، فإذا كان قابلاً للاستهلاك واستعمله المستعير فإنه يستهلكه بالاستعمال ولا يستطيع أن يرده بعينه .

ومع ذلك قد يكون الشيء قابلاً للاستهلاك وتجوز إعارته . مثل ذلك أن يعير شخص صرافاً مبلغاً من النقود يعرض به عجزاً عنده ، على أن يرد الصراف هذا المبلغ بالذات إلى المعير بعد انتهاء التفيش . ومثل ذلك أيضاً أن يعير شخص صيرفياً قطعة من النقود على أن يردها بناتئها .

وأن يعير شخص آخر أسهما يتنفع بفوائدها على أن يرد الأسهم بالذات، ففى كل هذه الأمثلة أعير الشئ القابل للاستهلاك لذاته ، فأصبح غير قابل للاستهلاك ، والأصح أن يقال إن الشئ القابل للاستهلاك يكون مثليا فى العادة ، فإذا اعتبر لذاته تحول من مثلى إلى قيمى فتحوز إعارته ، لا لأنه غير قابل للاستهلاك إذ هو فى الواقع قابل للاستهلاك بطبيعته، بل لأنه أصبح قيما فى نظر المتعاقدين . فالشرط الواجب توافره فى الشئ المعار هو إذن أن يكون قيما ، لا أن يكون غير قابل للاستهلاك ^(١).

١٠٠- الأشياء التى تجوز إعارتها :

تجوز إعارة المنقول - وهذا هو الغالب - كإعارة أجهزة الراديو والتلفزيون والملابس الجاهزة والمفروشات ، والآلات الزراعية والسيارات والدواب والساعات والمجوهرات ... إلخ .

وتجوز العارية فى الأشياء غير المادية .

وتجوز العارية فى العقار - وإن كان ذلك لا يحدث إلا فى حالات قليلة - لأن القانون لم يخصص العارية بالمنقول، بل إن النص عام . وهذا هو حكم الشريعة الإسلامية أيضا(المجلد المادة ٨٣١) . ومثال ذلك أن يعير شخص آخر شقة من عمارته أو مخزنا لإيداع بضاعته فيها ، أو أن يعير شخص أو هيئة إلى شخص آخر قاعة لعقد ندوة فيها ، أو يعير شخص آخر جراجا لإيداع سيارته فيه .

(١) السهورى ص ١٥١٩ وما بعدها .

(ب)- السبب :

١٠١- إحالة إلى القواعد العامة :

السبب في عقد العارية طبقا للنظرية الحديثة، هو الباعث الدافع إلى التعاقد .

وسبب التزامات المستعير هو الالتزامات المقابلة لها في ذمة المعير .
وإذا كان سبب العارية غير جائز قانونا ، أو مخالفا للآداب فإنه لا يصح . مثل ذلك إذا أعير شيء كسلاح لاستعماله في ارتكاب جريمة بعلم المعير ، فإن العارية تكون باطلة .

١٠٢- إثبات العارية :

راجع بنود (١١) وما بعده .

(ثالثاً : شروط الصحة)
(الأهلية وغيوب الرضاء)

(أ) - الأهلية :
١٠٣- أهلية المعبر :

ذهب رأى إلى أنه لما كانت العارية عقد يقع على منفعة الشيء ، ولا يترتب عليها نقل الملكية إلى المستعير ، فإنها لا تكون من أعمال التصرف ، ويكفى أن تتوافر في المعبر أهلية الإدارة .

فتبت أهلية الإعارة للبالغ الرشيد ، وللصبي المأذون في الإدارة ، وتجوز الإعارة من النائب عن ناقص الأهلية أى من الولى أو الوصى أو القيم بالنسبة عن القاصر غير المأذون بالإدارة والمحجور عليه . أما الصبي المميز غير المأذون في الإدارة أو المحجور عليه للسفه فلا تجوز منهما^(١) الإعارة .

بينما ذهب رأى آخر إلى اشتراط أهلية التمتع لدى المعبر لوجود صفة المجانسية في هذا العقد . فتكون العارية باطلة إذا كان المعبر ناقص الأهلية ولو كان مأذوناً بالإدارة ، حتى لو قام بإبرامها نائبه وليا كان أم وصيا أو قيما . وإن كان كل أولئك يجوز له إعارة مال المشمول بالولاية أو الوصاية أو القوامة لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة (مواد ٥ ،

(١) السنهورى ص ١٥١٧ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٩ .

٣٨، ٧٨) من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال^(١).

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

١٠٤- أهلية المستعير :

ذهب رأى إلى أنه لما كانت العارية عقدا نافعا نفعيا محضا للمستعير ، فيكفى أن تتوافر في المستعير أهلية التعاقد دون أهلية الإدارة. ومن ثم يجوز للصبي المميز أو للمحجور عليه للغفلة أو السفه أن يستعير ، حتى لو لم يكن مأذونا له في الإدارة . وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١١ مدني على أنه : " إذا كان الصبي مميزا ، كانت تصرفاته المالية صحيحة متى كانت نافعة نفعيا محضا ... " .

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة ١١٥ على أنه " إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفه بعد تسجيل قرار الحجر ، سرى على هذا التصرف ما يسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام"^(٢).

بينما ذهب رأى آخر إلى تطلب أهلية الإدارة لدى المستعير فيحوز للقاصر المأذون بها أن يستعير ، كما يجوز ذلك، نيابة عنه ، لوليه أو وصيه أو القيم عليه^(٣).

ونرى الأخذ بالرأى الأول .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٩ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ١٥١٨ .

(٣) محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٩ وما بعدها .

١٠٥- (ب) عيوب الإرادة :

لم ينص القانون على أحكام خاصة بعيوب الإرادة في عقد العارية .
ومن ثم تسرى في شأن هذه العيوب القواعد العامة المقررة في هذا الشأن
ولما كانت العارية تبرع للمستعير ، ومن ثم يغلب أن تكون شخصيته محل
اعتبار في العقد وملحوظة فيه ، فتبطل للغلط في شخص المستعير أو في
صفة جوهرية فيه .

(آثار العارية)

موضوع رقم (١٠)

(التزامات المعير)

١٠٦- تعداد :

يقع على عاتق المعير التزامات ثلاثة هي :

- ١- تسليم الشيء المعار للمستعير .
 - ٢- رد المصروفات التي أنفقها المستعير على الشيء المعار .
 - ٣- ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية في نطاق محدد .
- ونعرض لهذه الالتزامات تفصيلا فيما يلي .

(الالتزام الأول)

(تسليم الشيء المعار إلى المستعير)

١٠٧- النص القانوني :

المادة (٦٣٦) مدني :

"يلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية ، وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية " .

١٠٨- مضمون الالتزام بالتسليم :

يلتزم المعير بتسليم الشيء المعار إلى المستعير . فالتسليم في القانون المدني الجديد أصبح التزاما ناشئا عن العقد ، ولم يعد - كما كان الحال في القانون القديم - ركنا في العقد .

ويلتزم المغير تسليم الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية .

وفي هذا تختلف العارية عن الإيجار ، إذ يلتزم الموَجِر أن يسلم المستأجر العين الموجهة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفي بما أعدت له من المنفعة ، وفقا لما تم عليه الاتفاق أو لطبيعة العين (م ٥٦٤ مدق) .

ويرجع هذا الفارق إلى أن عقد الإيجار من عقود المعاوضات ويؤدي المستأجر أجرة مقابل انتفاعه بالعين الموجهة ، فوجب أن يتسلمها صالحة للانتفاع بها . أما العارية فهي من عقود التبرع لا يؤدي فيها المستعير مقابلا للانتفاع بالشيء المعار، فالمغير محسن وما على المحسنين من سبيل^(١) . ويتم التسليم بوضع الشيء المعار تحت تصرف المستعير في الزمان والمكان المعينين . ويتبع في طريقة التسليم ووقته ومكانه القواعد المقررة بالنسبة لعقد الإيجار .

وإذا لم يتم المغير بالتسليم أجزء عليه إن كان الوفاء العيني ممكنا ، وإلا حكم عليه بالتعويض .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى :

" تفرض هذه المادة على المغير التزامين : (١) الالتزام بتسليم الشيء إلى المستعير فإذا لم يتم به المغير مختار أكره على ذلك إن كان الوفاء العيني ممكنا ، وإلا حكم عليه بالتعويض إلخ " (٢) .

(١) المستشار الدكتور محمد شتا أبو سعد التقنين المدق جـ ٣ ص ٩٣٩ هامش (١) .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٦٨ .

ولئن كان عقد العارية من العقود الملزمة للجانبين ، ويجوز للمستعير طبقا للقواعد العامة أن يطلب فسخ العقد إذا لم يوف المعير بالتزامه بالتسليم ، إلا أنه لا يوجد ثمة مصلحة للمستعير في طلب الفسخ ، لأنه لم يدفع مقابلا للمعير ومن ثم فلن يسترد منه شيئا ، ولكنه سيخسر ارتفاعه بالشئ المعار .

١٠٩- إعسار المستعير قبل التسليم :

تنص المادة ٦٤٤ مدنى على أنه : " يجوز للمعير أن يطلب فى أى وقت إنهاء العارية فى الأحوال الآتية :

.....

(ج)- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير " وعلى ذلك إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية وقبل تسليم الشئ المعار ، أو كان معسرا قبل انعقاد العارية ، دون أن يعلم المعير بإعساره ، فإن المعير لا يكون ملزما بتسليم الشئ المعار ، والقول بغير ذلك يودى إلى القول بأن يقوم المعير بتسليم الشئ المعار ثم يقوم باسترداده لإنهاء العارية ، وهو وضع يعد ضربا من العبث ، والأحرى ألا يسلم المعير الشئ المعار ابتداء .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وإذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية ، جاز كذلك للمعير أن يطلب إلغاء العقد ، فيمتنع عن التسليم إن لم يكن قد فعل ، ويسترد

الشيء إن كان قد سلمه دون أن يعلم بالإعسار ، وكذلك إذا كان الإعسار سابقا على العقد ولم يعلم به المعير إلا بعد التسليم أما إن سلمه بعد العلم بالإعسار فلا يجوز له الإلغاء " (١).

١١٠- هلاك الشيء المعار :

العارية لا يترتب عليها نقل ملكية الشيء المعار من المعير إلى المستعير ، بل يظل المعير مالكا له ، ويلتزم المستعير برده إليه بعد انتهاء العارية . وينبئ على ذلك أنه إذا هلك الشيء المعار سواء في يد المعير قبل التسليم، أو في يد المستعير بعد التسليم كانت تبعة الهلاك على المعير . أما إذا هلك الشيء المعار في يد المستعير بخطأ منه ، فإنه يكون مسئولاً عن هذا الهلاك .

(أنظر أيضا بند ١٣٠) .

١١١- ترك الشيء المعار للمستعير طوال مدة العارية :

تنص المادة ٦٣٦ مدق على أن : " ويلتزم المعير أن يسلم المستعير الشيء المعار ... وأن يتركه للمستعير طول مدة العارية " - فالمعير لا يلتزم فقط بتسليم الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت انعقاد العارية، وإنما يلتزم أيضا بأن يترك الشيء المعار للمستعير طول مدة العارية حتى يتنفع بهذا الشيء فيتحقق الغرض المقصود من العارية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨٩ وما بعدها .

وهذا يقتضى من المعير ألا يتعرض للمستعير في استعمال الشئ المعار .
وإن كنا سنرى أن المادة ٦٤٤ مدق أجازت للمعير أن يطلب فى أى
وقت إنهاء العارية فى أحوال ثلاثة .

فإذا خالف المعير هذا الالتزام جاز للمستعير مطالبة بالتعويض .

وقد جاء بملكرة المشروع التمهيدى أنه :

"... (٢) والالتزام بترك الشئ للمستعير طول المدة المحددة فى العقد،
وهو يقضى عليه ألا يسترد الشئ قبل الميعاد المتفق عليه ، وألا يتعرض
للمستعير فى استعماله لذلك الشئ، بحيث إذا تعرض للمستعير أو طالبه
بالرد قبل الميعاد رفضت دعواه وجاز إلزامه بالتعويض " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٦٩ .

(الالتزام الثاني) (رد المصروفات إلى المستعير)

١١٢- النص القانوني :

المادة (٦٣٧) مدني :

" ١- إذا اضطر المستعير إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية،
التزم المعير أن يرد إليه ما أنفق من المصروفات .
أما المصروفات النافعة فيتبع في شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات
التي ينفقها من يحوز الشيء وهو سئ النية " .

١١٣- المصروفات الضرورية :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٧ مدني على أنه إذا اضطر المستعير
إلى الإنفاق للمحافظة على الشيء أثناء العارية التزم المعير أن يرد إليه ما
أنفق من المصروفات . فالمعير يلزم يرد المصروفات الضرورية التي اضطر
المستعير لصرفها للمحافظة على الشيء المعار إلى أن يرده ^(١) . مثل ذلك أن
يكون الشيء المعار حائوتا وهدد بالسقوط فقام المستعير بترميمه أو كان
الشيء المعار حيوانا مريضا فقام المستعير بعلاجه . أما إذا تسبب المعير
بخطئه في حدوث ما أوجب ضرورة هذه المصاريف ألزم هو بها .

(١) المصروفات الضرورية هي المصروفات غير العادية التي يتعين إنفاقها للمحافظة
على الشيء ، ويكون المالك مضطرا لدفعها لو أن الشيء بقي في حيازته .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لما كانت ملكية العارية وثمارها للمعير ، وجب عليه أن يتحمل النفقات الضرورية للمحافظة على الشئ ، فإذا اضطر المستعير إلى القيام بهذه النفقات كى يحفظ الشئ إلى أن يرده ، وجب على المعير أن يرد إليه هذه النفقات ما لم يكن المستعير قد تسبب بخطئه فى حدوث ما أوجب ضرورة هذه النفقات " (١).

والمادة سالفة الذكر تنفق ونص الفقرة الأولى من المادة ٩٨٠ مدنى التى تجرى على أن : " على المالك الذى يرد إليه ملكه أن يؤدى إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية " .

١١٤- المصروفات النافعة :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٣٧ على أنه : " أما المصروفات النافعة فيتبع فى شأنها الأحكام الخاصة بالمصروفات التى ينفقها من يجوز الشئ وهو سئ النية " .

فالمستعير لا يستحق المصاريف النافعة كاملة كالمصاريف الضرورية (٢)، وإنما يتبع فى تحديدها حكم المادة ٩٢٤ مدنى التى تبين حكم المصروفات التى ينفقها من يجوز الشئ وهو سئ النية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٧١ .

(٢) المصروفات النافعة ، هى المصروفات التى ينفقها الحائز لا للمحافظة على الشئ أو لإنقاذه من الهلاك ، بل لتحسينه وزيادة قيمته والإكثار من طرق الانتفاع به، فهى مصروفات تزيد من قيمة الشئ وتحسن من الانتفاع به .

وهذه المادة تنص على أن : " ١ - إذا أقام شخص بمواد من عنده منشآت على أرض يعلم أنها مملوكة لغيره دون رضا صاحب الأرض، كان لهذا أن يطلب إزالة المنشآت على نفقة من أقامها مع التعويض إن كان له وجه ، وذلك في ميعاد سنة من اليوم الذى يعلم فيه بإقامة المنشآت أو أن يطلب استبقاء المنشآت مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة، أو دفع مبلغ يساوى مازاد فى ثمن الأرض بسبب هذه المنشآت .

٢ - ويجوز لمن أقام المنشآت أن يطلب نزعها إن كان ذلك لا يلحق بالأرض ضررا ، إلا إذا اختار صاحب الأرض أن يستبقى المنشآت طبقا لأحكام الفقرة السابقة " .

ونص الشارع على تطبيق المادة سالفه الذكر دون المادة ٩٢٥ التى تطبق على الباقى حسن النية ، لأن المستعير يعلم وقت إنفاق المصاريف النافعة أنه ليس مالكا للشيء ، وأنه لا يجوز له أن يقوم بالمصروفات التى ليست إلا نافعة دون أن يعرض نفسه لتحمل تبعه ذلك^(١) .

وعلى ذلك فإن المستعير يسترد من المعير فى مقابل ما أنفقه من المصاريف النافعة أقل القيمتين : قيمة ما أنشأه مستحق الإزالة أو مبلغ يساوى مازاد فى قيمة الشيء بسبب ما قام بإنشائه . كما يجوز له أن يطلب

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٧١ .

نزع ما أنشأه على نفقته ، إن كان ذلك لا يلحق بالشئ المعار ضررا ولم يختر المعير استبقاء ما أنشأه المستعير مع رد أقل القيمتين السالف ذكرهما . ويجوز دائما للمعير بدلا من أن يدفع أقل القيمتين ، أن يطلب من المستعير أن يزيل على نفقته ما أنشأه مع التعويض إن كان له وجه^(١).

١١٥- المصروفات الكمالية :

لم يأت نص خاص بصدد المصروفات الكمالية^(٢) التي ينفقها المستعير على الشئ المعار ، ومن ثم فإنه تطبق في شأنها القواعد العامة المنصوص عليها بالفقرة الثالثة من المادة ٩٨٠ مدق التي تقضى بأن : " فإذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقياها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة".

١١٦- ضمانات الوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة :

١- حق الحبس :

تنص المادة ٢٤٦ مدق على أن :

(١) السهوري ص ١٥٣٠ .

(٢) المصروفات الكمالية هي مصروفات لاتعود بنفع على العين ذاتها ، ولكنها تنفق لتزيين العين وتجميلها على الوجه الذى يريده الحائز لاستمتاعه الشخصى.

"١- لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتب به ، أو مادام الدائن لم يتم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا .

٢- ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء أو محرزه ، إذا هو أنفق عليه مصروفات ضرورية أو نافعة ، فإن له أن يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، إلا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " . وعلى ذلك يجوز للمستعير أن يجبس الشيء المعار حتى يسترد من المعير ما أنفقه من مصاريف ضرورية وكذا ما أنفقه من مصاريف نافعة على الوجه الذى نصت عليه المادة ٩٢٤ مدق على النحو الذى شرحناه .

وكان المشروع التمهيدي للتقنين المدق يتضمن نصا خاصا فى هذا المعنى ، فكانت المادة ٨٥٥ منه تنص على أن : " للمستعير أن يجبس الشيء تحت يده حتى يستوفى ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات " - والمقصود بالتعويضات - على ما أنصحت عنه مذكرة المشروع التمهيدي - التعويضات التى تجب للمستعير بسبب الاستحقاق أو العيوب الخفية . إلا أن هذه المادة حذفت فى لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة ^(١) .

(١) بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٧٣ هلمش (١) .

٢- حق الامتياز :

للمستعير حق امتياز على المنقول المعار مقابل ما أنفقه في حفظ المنقول
وفسيما يلزم من ترميم عملا بالمادة ١١٤٠ مدنى التى تقضى بأن : "١-
المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وفيما يلزم من ترميم ، يكون لها امتياز
عليه كله .

٢- وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثل بحق الامتياز بعد
المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة ، أما فيما
بينها فيقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها " .

(الالتزام الثالث) ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية

١١٧- النص القانوني :

المادة (٦٣٨) مدني :

- " ١ - لضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار إلا أن يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق .
- ٢ - ولضمان عليه كذلك في العيوب الخفية ، غير أنه إذا تعمد إخفاء العيب أو إذا ضمن سلامة الشيء منه ، لزمه تعويض المستعير عن كل ضرر يسببه ذلك " .

(أ) - ضمان استحقاق الشيء المعار :

١١٨- القاعدة أن المعير لا يضمن استحقاق الشيء المعار :

القاعدة أو الأصل المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٦٣٨ مدني أنه لضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار .

والحكمة في ذلك أن المعير متبرع بالمنفعة ومن ثم يجب تضيق نطاق ضمانه استحقاق الشيء المعار. كما أن المعير إنما يلتزم بترك المستعير يتنفع بالشيء المعار ولا يلتزم بإمكانه من الانتفاع به كما هو الشأن في عقد الإيجار .

١١٩- حالتان يضمن فيهما المعير استحقاق الشيء المعار :

استثناء من القاعدة أو الأصل المنصوص عليه بالفقرة الأولى من المادة ٦٣٨ مدني من عدم ضمان المعير استحقاق الشيء المعار. نصت الفقرة المذكور على ضمان المعير استحقاق الشيء المعار في حالتين هما :

الحالة الأولى : أن يكون هناك اتفاق بين المعير والمستعير على الضمان، إذ يكون أساس الضمان في هذه الحالة هو الاتفاق . والاتفاق هو الذى يحدد شروط الضمان ومدى التعويض المستحق للمستعير . وهذا الاتفاق لا يجب التوسع في تفسيره . ويفسر الشك لصالح المدين وهو المعير.

فضلا عن أن هذا الضمان استثناء من الأصل العام وهو عدم الضمان. الحالة الثانية : أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب الاستحقاق . أما إذا لم يتعمد المعير إخفاء سبب الاستحقاق ، فلا ضمان عليه . وهذا يقتضى أن يكون المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق ، لأنه إن كان عالما به فإنه يكون قد تنازل ضمنا عن ضمان الاستحقاق . ويقع على عاتق المستعير المطالب بالضمان إثبات تعمد المعير إخفاء سبب الاستحقاق .

وقد جاء بملزمة المشرع التمهيدى :

" نظرا لأن المعير متبرع بالمنفعة ، ضيق المشرع من التزامه بضمان الاستحقاق أو بضمان العيوب الخفية ، فجعله غير مسئول عن الأضرار التى تصيب المستعير بسبب استحقاق الشئ المعار أو بسبب وجود عيب خفى فيه ، إلا إذا كان عالما بسبب الاستحقاق أو بالعيوب الخفية وتعمد إخفاءه على المستعير أو إذا ضمن سلامة الشئ من العيوب ، ويفرض في ذلك طبعاً أن المستعير غير عالم بسبب الاستحقاق أو بالعيوب الخفية، إذ لو علم فلا محل لمسئولية المعير إلخ (١) .

ولما كان التضيق في التزام الضمان سببه ترع المعير ، فإذا ثبت أن العارية إنما عقدت استثناء لمصلحة المعير ، فلا يستفيد المعير من هذا التضيق في التزامه بالضمان " (١).

وفي هذا جاء بملاحظة المشروع التمهيدي أنه :

" ولما كان التضيق في التزام الضمان إلى هذا الحد سببه ترع المعير ، فإذا ثبت أن العارية إنما عقدت استثناء لمصلحة المعير ، فلا يستفيد المعير من هذا التضيق في التزامه " (٢).

(ب)- ضمان العيوب الخفية :

١٢٠- القاعدة علم ضمان المعير العيوب الخفية في الشيء المعار:

تنص الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ مدق على أنه : " ولاضمار عليه (المعير) كذلك في العيوب الخفية ... إلخ " . فالقاعدة أن المعير لا يضمن العيوب الخفية ، وذلك لذات الحكمة التي أوردناها لعدم ضمانه استحقاق الشيء المعار ، وهو أن العارية على سبيل الترع ، وأن المعير يلتزم بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار ، ولا يلتزم بتمكينه من الانتفاع به كما هو الشأن في عقد الإيجار .

(١) محمود جمال الدين ذكي ص ٢٤٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٧٤ .

١٢١- حالتان يضمن فيهما المعير العيوب الخفية :

استثناء من القاعدة أو الأصل وهو عدم ضمان المعير العيوب الخفية في الشيء المعار ، أوردت الفقرة الثانية من المادة ٦٣٨ حالتين يلزم فيهما المعير بالضمان استثناء من القاعدة وهو عدم الضمان .

وهاتان الحالتان هما :

الحالة الأولى : إذا تعمد المعير إخفاء العيب . أما إذا لم يتعمد المعير إخفاء العيب ، فلا ضمان عليه .

وكما هو الشأن في ضمان الاستحقاق ، يفترض هذا الضمان الاستثنائي ألا يكون المستعير علما بالعيب الخفى ، لأنه في هذه الحالة يكون قد نزل عن حقه في الضمان .

الحالة الثانية : أن يضمن المعير سلامة الشيء المعار من العيوب الخفية . وبذلك يكون مصدر هذا الضمان هو الاتفاق . وكما هو الشأن في الاتفاق على ضمان الاستحقاق ، يحدد هذا الاتفاق شروط الضمان ومقدار التعويض المستحق .

ويجب عدم التوسع في تفسير هذا الاتفاق لأن الشك يفسر لمصلحة المدين وهو المعير ، فضلا عن هذا الضمان استثناء من الأصل العام وهو عدم الضمان .

وإذا ثبت أن العارية إنما عقدت استثناء لمصلحة المعير ، فلا يستفيد المعير من هذا التضييق في التزامه .

١٢٢. هل يجوز للمستعير استعمال الحق في الحبس عند علم الوفاء بالتعويض؟

ذكرنا سلفاً أن مشروع التقنين المدني الجديد كان يشتمل على مادة برقم (٨٥٥) تنص على أن : " للمستعير أن يحبس الشيء تحت يده حتى يستوفي ما يستحقه بمقتضى المادتين السابقتين من مصروفات وتعويضات " - وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ليس في التقنين الحالي ولا في أغلب التقنينات اللاتينية القديمة نص على حق المستعير في حبس الشيء المعار إلى أن يسترد ما أنفق في المحافظة على الشيء ولما لم يكن هناك من سبب للفرقة بين المصروفات والتعويضات في هذا الشأن ، فقد قرر المشروع حق الحبس في الحالتين متمشياً في ذلك مع ما ذهب إليه التقنين اللبناني في المادة ٢٥١ " إلا أن هذه المادة حذفت من لجنة المراجعة اكتفاء بالقواعد العامة ^(١) .

والقواعد العامة المشار إليها هي الواردة بالفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ مدني والتي تقضى بأن : " لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومربط به ، أو مادام الدائن لم يقيم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا " . كذلك ماورد بالمادة ١٦١ مدني التي تنص على أن : " في العقود الملزمة للجائنين ، إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء ، جاز

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٦٧٣ هامش (١) .

لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يتم التعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به " .

وقد ذهب الفقه إلى أنه بموجب حق الحبس المنصوص عليه في الفقرة الأولى من المادة ٢٤٦ مدني وبموجب الدفع بعدم التنفيذ المقرر في المادة ١٦١ مدني يجوز للمستعير أن يحبس الشيء المعار تحت يده فيوقف تنفيذ التزامه برده حتى يستوفى التعويض المستحق له بسبب العيب ، أو بسبب الاستحقاق على أن يكون الاستحقاق جزئيا حتى يحبس المستعير بما لم يستحق من الشيء ، أما إذا كان الاستحقاق كليا فلا سبيل إلى الحبس^(١) .

(١) السنهوري ص ١٥٣٤ وما بعدها .

موضوع رقم (١١)

(التزامات المستعير)

(الالتزام الأول)

(استعمال الشيء المعار على الوجه المعين وبالقدر المحدد)

١٢٢- النصوص القانونية :

المادة (٦٣٩) مدني :

١- " ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقا لما يبينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ، ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

٢- ولا يكون مسئولاً عما يلحق الشيء من تغيير أو تلف يسببه الاستعمال الذي تبيحه العارية " .

المادة (٦٤٠) مدني :

١- " إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير ، فليس له استردادها وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة .

وله أن ينزع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية " .

١٢٤- كيفية استعمال الشيء المعار:

ينت الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدني حدود حق المستعير في استعمال الشيء المعار ، وأوضحت بالتالي مدى التزاماته فيه . فليس

للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقا لما يبينه العقد ، أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ، ولا يجوز له دون إذن المعتبر أن ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع .

فإذا كان الشيء معارا لاستعمال معين ، اقتصر حق المستعير على هذا الاستعمال بحيث لو جاوزه إلى غيره اعتبر مجاوزا لحقه بخلافه بواجب التقيد بذلك الاستعمال .

وكذلك الحال لو أن العارية حددت بوقت معين فلا يجوز للمستعير أن يستعمل الشيء بعد ذلك الوقت .

أما إذا لم يعين العقد استعمالا أو وقتا ما ، فلا يجوز للمستعير أن يستعمل الشيء إلا فيما تقبله طبيعته أو يحدده العرف ، مثل إعارة حصان ركوب فليس للمستعير أن يستعمله في الجر^(١) .

وإذا استعمل المستعير الشيء المستعار في غير ما أعدله أو استعمله بعد الزمن المتفق عليه كان ملزما بتعويض مساو لقيمة الأجرة مع تعويض التلف الحاصل من الإفراط في استعماله^(٢) .

وهذا ما كانت تنص عليه المادة ٥٧٢/٤٧٠ من القانون المدني القديم ، وهو يعد تطبيقا للقواعد العامة ، ومن ثم لا يؤثر في نفاذه إغفال التقنين المدني الجديد له^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٤ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٧٦ .

(٣) محمود جمال الدين زكي ص ٢٤٣ .

١٢٥. نفقات الصيانة :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤٠ مدق على أنه إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير ، فليس له استردادها وهو مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة .

فالمستعير مكلف بالنفقة اللازمة لصيانة الشيء صيانة معتادة ، فإذا كان المستأجر يلتزم بصيانة العين للموجرة فأولى أن يلتزم المستعير بصيانة العين المعارة ، وبالتالي لا يرجع بنفقات الصيانة على المعير . ومثل مصاريف الصيانة المعتادة تشحيم السيارة وتزييتها ، وموونة الدواب والمواشى ، وأعمال الصيانة اللازمة للآلات الزراعية .

وفى هذا جاء بملكرة المشروع التمهيلى :

" نفقات الصيانة المعتادة واجبة على المستعير وكذلك تجب عليه النفقات اللازمة لاستعمال الشيء ... إلخ " (١).

١٢٦. نفقات استعمال الشيء المعار :

رأينا أن المادة ٦٤٠ مدق تنص فى صدرها على أنه إذا اقتضى استعمال الشيء نفقة من المستعير ، فليس له استردادها ... إلخ . ومثل ذلك أن يستعير الشخص سيارة لاستعمالها فى رحلة فتحتاج إلى زيت وبسزىن ، أو آلة زراعية يحتاج تشغيلها إلى مصروفات ، فإن المستعير ملزم بهذه النفقات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٧٨ .

وقد جاء تذكرة المشروع التمهيدي استثناء من هذه القاعدة، إلزام المعير بمصاريف استعمال الشيء وذلك " إذا كانت تلك النفقات غير متكافئة بحال مع استعمال العارية وكان المستعير قد اضطر للقيام بسبب حاجته إلى الشيء المعار واعتماده على العارية دون أن يعلم بما يلزم من نفقات لإعداد الشيء للاستعمال " (١).

كما لو استعار شخص سيارة لرحلة هامة وكانت السيارة في حاجة إلى إصلاحات جسيمة ليتمكن استعمالها ، ولم يكن المستعير على علم بذلك ، ولا هو يستطيع تأخير رحلته ، فاضطر إلى القيام بهذه الإصلاحات فحشمت نفقات لا تتكافأ بحال مع المنفعة التي أفادها من السيارة ، فإنه يرجع بهذه النفقات على المعير ، لا باعتبارها مصروفات ضرورية لأنها ليست ضرورية لحفظ الشيء من الهلاك ، ولا باعتبارها مصروفات نافعة وإلا لما استطاع الرجوع بها كاملة ، وإنما باعتبارها مصروفات غير عادية لاستعمال الشيء المعار (٢).

ويرى البعض - بحق - أنه ليس لهذا الاستثناء أساس قانوني ، وكان الأولى وضعه بين نصوص المادة ٦٤٠ بدلا من إيرادها تعليقا عليها في المذكرة التفسيرية (٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٧٨ .

(٢) السنهوري ص ١٥٤٠ .

(٣) محمود جمال الدين زكي ص ٢٤٤ .

وتقتضى المادة ٦٤٠ في فقرتها الثانية بأن للمستعير أن يزرع من الشيء المعار كل ما يكون قد أضافه إليه ، على أن يعيد الشيء إلى حالته الأصلية . ومثل ذلك أن يستعير شخص قاعة لإلقاء سلسلة من المحاضرات فاقضى الأمر أن يجهز القاعة بأثاث أضافه إليها أو بمقاعد ثابتة في الأرض فإن له بعد انتهاء العارية أن ينزع ما أضافه على أن يعيد القاعة إلى حالتها الأصلية .

١٢٧- علم جواز النزول عن استعمال الشيء المعار للغير :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٣٩ مدني في عجزها على أنه : "ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال للغير ، ولو على سبيل التبرع" . وقد روعى في هذا أن شخصية المستعير تراعى عادة في عقد العارية ولذلك فهو ليس له إلا أن يستعمل الشيء المعار دون أن يستغله ، فلا يجوز له أن يوجر الشيء المعار أو يعيره إلى الغير ولو كان بدون مقابل ، إلا أنه يجوز له ذلك إذا أذن له المعير .

وقد يكون إذن المعير صراحة أو ضمنا ، ويقع على عاتق المستعير إثبات صدور هذا الإذن .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ولما كان حق المستعير مقصورا على أن يستعمل الشيء دون أن يستغله ، فلا يجوز له أن يوجره إلى الغير ، ولا أن يعيره من باب أولى ، إلا إذا أثبت أن المعير قد أذنه في ذلك صراحة أو ضمنا " ^(١).

ويترتب على مخالفة هذا الالتزام حق المعير في طلب فسخ العقد والتعويض إن كان له مقتضى طبقا للقواعد العامة .

(الالتزام الثاني) (المحافظة على الشيء المعار)

١٢٨- النص القانوني :

المادة (٦٤١) مدني :

- " ١ - على المستعير أن يذلل في المحافظة على الشيء العناية التي يذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد .
- ٢ - وفي كل حال يكون ضامنا لهلاك الشيء إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان في وسعه أن يتحاشاه باستعمال شيء من ملكه الخاص ، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار فاختار أن ينقذ ما يملكه " .

١٢٩- التزام المستعير في المحافظة على الشيء المعار التزام ببذل عناية :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٦٤١ مدني على أن المستعير أن يذلل في المحافظة على الشيء العناية التي يذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد- فالنص أوجب على المستعير أن يذلل في المحافظة على الشيء العناية التي يذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الرجل المعتاد .

ومن ثم فإنه يلزم المستعير كبير العناية بمثل ما يذلها في المحافظة على ماله الشخصي ، ويلزم المستعير متوسط العناية أو قليل العناية بما ...

الرجل المعتاد من عناية ، فيستفيد المعير بهذا النص إذا كانت عناية المستعير المعتادة فوق المتوسط ولا يضر إذا كانت تلك العناية دون المتوسط^(١).

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"ذهبت الشرائع في تحديد واجب المستعير في المحافظة على الشيء المعار مذاهب شتى ، فاكفى التقنين الفرنسى وما تفرع عنه من تشريعات بأن أوجب على المستعير عناية رب الأسرة ، أو العناية المعتادة من رجل متوسط العناية (التقنين الفرنسى المادة ١٨٨٠) والتقنين الإيطالى المادة ١٨٠٨ ، والتقنين الهولندى المادة ١٧٨١ فقرة أولى ، وتقنين كويك المادة ١٧٦٦ ، والمشروع الفرنسى الإيطالى المادة ٦٢٥ ، وقضت تشريعات أخرى بأن المستعير يجب عليه العناية التى ينلها عادة في المحافظة على ماله (التقنين البرتغالى المادتان ١٥١٤ ، ١٥١٥ ، والتقنين البرازيلى المادة ١٢٥١) غير أن العناية التى تعودها المستعير في أحواله قد تزيد أو تنقص عن عناية الرجل المعتاد ، فإن نقصت فإنه يكون من الإجحاف على المعير ، وهو متبرع ، أن يتحمل نتائج أخطاء من المستعير لا يرتكبها متوسط الناس عناية . وهناك فريق ثالث من التشريعات قد راعى أن العارية في

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٤٥ .

مصلحة المستعير وحده ، فشدد فيما فرضه عليه من عناية ، إذ اقتضاه أكبر عناية ممكنة (التقنين الأرجنتيني المادة ٢٣٠٠) ، ويمكن أن تفسر عبارة التقنين الحالي (المادتان ٤٦٨-٤٦٩/٥٦٩-٥٧٠) بأن المشروع المصري أخذ بذلك أيضا .

غير أن هذا المذهب بالغ في الشدة على المستعير ، إذ أنه يلزم المستعير - الذي يمكن أن يكون عادة قليل العناية بماله هو - ليس فقط بالعناية المعتادة التي يبذلها الناس . بل بأقصى ما يتصور من العناية ، وفي هذا إرهاق له قد يصل إلى حد التعحيز .

لذلك أخذ المشروع بحل وسط يلزم المستأجر كبير العناية بمثل ما يبذله في المحافظة على ماله الشخصي ويلزم المستعير متوسط العناية أو قليل العناية بما يبذله الرجل المعتاد من عناية ، فيستفيد المعير بهذا النص إذا كانت عناية المستعير المعتادة فوق المتوسط ، ولا يضار إذا كانت تلك العناية دون المتوسط " (١) .

والمرجع بذلك يكون قد وضع لقياس العناية المطلوبة من المستعير معيارين أحدهما مادي والآخر شخصي ، وأخذ بالأعلى من هذين المعيارين . فالمستعير يجب عليه أولا أن يبذل عناية الرجل المعتاد ، وهذا هو المعيار المادي . ثم إذا هو كان معروفا بالإفراط في المحافظة على ماله إلى حد يعلو عن عناية الرجل المعتاد ، وجب عليه أن يرتفع إلى هذا الحد ،

وهذا هو المعيار الشخصى . أما إذا كان معروفا بالتفريط فى المحافظة على ماله إلى حد يقل عن عناية الرجل المعتاد ، لم يجوز له أن ينزل إلى هذا الحد ، بل يجب أن يلتزم للمعيار الأعلى وهو عناية الرجل المعتاد. والمعير فى ذلك ينقح بمحرم المستعير إذا كان معروفا بالإفراط ، ولا يضار من تقصيره إذا كان معروفا بالتفريط ^(١).

١٢٠. المسئولية فى حالة القوة القاهرة :

الأصل أن اللعين لا يسأل عن القوة القاهرة ، ولو ثبت أنه لم يبذل العناية المطلوبة ، لأن القوة القاهرة تنفى علاقة السببية بين الخطأ والضرر. غير أن المادة ٦٤١ أوردت استثناء على هذه القاعدة تشددت فيه فى مسئولية المستعير لكون العارية تبرعية. فنصت فى فقرتها الثانية على أنه: " وفى كل حال يكون (المستعير) ضامنا لهلاك الشئ إذا نشأ الهلاك عن حادث مفاجئ أو قوة قاهرة وكان فى وسعه أن يتحاشاه باستعمال شئ من ملكه الخاص، أو كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشئ المعار فاختر أن ينقذ ما يملكه " . فالشارع لا يكتفى فى حالة القوة القاهرة أو الحادث الفجائى باشتراط أقصى ما يبذله المستعير عادة من عناية فى حفظ ماله ، بل يفرض عليه مقابل تبرع المعير أن يؤثر إنقاذ مال الغير على إنقاذ مال نفسه ^(٢).

(١) السهورى ص ١٥٤٤ .

(٢) مذكرة الشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٦٨٢ .

ومثل ذلك استعارة شخص عينا وحملها معه في البحر فأوشكت السفينة على الغرق ، فركب زورق النجاة ولم يكن يستطيع أن يأخذ معه في الزورق إلا العين التي استعارها أو عينا أخرى يملكها ، فأخذ العين التي يملكها ، فإنه يكون مسئولا ، لأنه كان بين أن ينقذ شيئا مملوكا له أو الشيء المعار ، فاختار أن ينقذ ملكه . وإنما يجب أن يكون متمكنا من أخذ العين المعارضة بدلا من العين المملوكة له ولكنه لم يأخذها وأثر إنقاذ ملكه . أما إذا كان في عجلته لركوب زورق النجاة أخذ معه ما وجدته أمامه دون أن يتخير ، فكان ما أخذه هو العين المملوكة له دون العين المعارضة فإنه لا يكون مسئولا لأنه لم يعتمد أن ينقذ ما يملكه بتضحية بالشيء المعار ^(١) .

١٢١- تعديل مسؤولية المستعير :

قواعد مسؤولية المستعير التي ذكرناها فيما سلف لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

وقد أوضحت ذلك منكرة المشروع التمهيدي بقولها :

" وكل ذلك نص عليه المشروع باعتباره مقررا لنية الطرفين ، فيجوز الاتفاق على ما يخالفه " ^(٢) .

(١) السهوري ص ١٥٤٦ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٨٢ .

وعلى ذلك يجوز اتفاق المعير والمستعير على تخفيف المسؤولية أو تشديدها أو الإعفاء منها .

ومثل الاتفاق على تخفيف المسؤولية ألا يكون المستعير مسئولاً عن الهلاك الذي يحدث نتيجة حادث مفاجئ أو قوة قاهرة في الحالتين السابقتين أو أن يكون التزامه عن عناية هو في حفظ ماله دون عناية الرجل المعتاد ، أو ألا يكون مسئولاً أصلاً عن تقصيره . ومثل تشديد المسؤولية ، أن يكون المستعير مسئولاً عن الحادث المفاجئ والقوة القاهرة في غير الحالتين سالفتي الذكر .

غير أنه لا يجوز الإعفاء من القس أو الخطأ الجسيم .

(الالتزام الثالث) (رد الشيء المعار)

١٢٢- النص القانوني :

المادة (٦٤٢) مدق :

" ١- متى انتهت العارية وجب على المستعير أن يرد الشيء الذي تسلمه بالحالة التي يكون عليها ، وذلك دون إخلال بمسئوليته عن الهلاك أو التلف .

٢- ويجب رد الشيء في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " .

١٢٣- الشيء الذي يرد :

يرد الرد على الشيء المعار ذاته لا على غيره ولو كان أكثر قيمة منه^(١) .
كما يرد مع الشيء المعار ملحقاته وتوابعه وزياداته . كما لو كان الشيء المعار ماشية فيردها مع نتاجها^(٢) .

ويرد الشيء المعار بالحالة التي يكون عليها وقت الرد ، غير أنه إذا أثبت المعير هلاك الشيء أو تلفه أو تعييه نتيجة تقصير المستعير فيما يجب عليه من عناية طبقا للمادة ٦٤١ مدق ، فإن المستعير يكون مسئولا عن ذلك^(٣) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٨٩ .

(٢) السنهوري ص ١٥٤٩ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨٤ .

أما إذا كان الشيء المعار قد ضاع ، فلأن الالتزام بالرد التزام بتحقيق غاية لا التزام ببذل عناية بخلاف الالتزام بالحفظ ، فإن المستعير يكون مسئولاً عن الضياع إلا إذا أثبت السبب الأجنبي ، ولا يكفي أن يثبت أنه بذل العناية المطلوبة ^(١).

١٣٤- مكان الرد :

يجب رد الشيء المعار في المكان الذي يكون المستعير قد تسلمه فيه ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك ، وهذا على خلاف حكم القواعد العامة التي تقضى بأن يكون الرد في موطن المدين أى في موطن المستعير ، كما هو الحال في عقد القرض ، وقد روعى في ذلك أن الشيء المعار قد يكون عقارا أو منقولا كبير التكلفة في نقله .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد أوجب المشروع في العارية أن يكون الرد في المكان الذي حصل فيه التسليم أولا ، ما لم يتفق على غير ذلك . وهذا بخلاف ما نص عليه في عقد القرض ، إذا أن محل القرض يغلب فيه أن يكون نقودا أو أشياء مثلية تنتقل ملكيتها إلى المقرض ويرد مثلها . أما في العارية فيمكن أن يكون محلها عقارا أو منقولا كبير التكلفة في نقله . فلا يجبر المعير على

(١) السهورى ص ١٥٤٩ وما بعدها .

تسليمه في موطن المستعير ، وإنما يكون الرد في المكان الذي حصل فيه التسليم . وهذا أيضا باعتباره مطابقا لنية الطرفين ، فيحوز الاتفاق على ما يخالفه ^(١) .

١٣٥- زمان الرد :

يجب الرد عند انتهاء العارية . أما إذا لم تنته العارية فلا يجوز للمعير طلب رد العارية ، إلا إذا كان متفقا على ذلك بين الطرفين ، أو وجد أحد الأسباب المنصوص عليها في المادتين ٦٤٤ ، ٦٤٥ مدني كما سيلي بيانه في موضعه .

١٣٦- مصاريف الرد :

يلتزم المستعير بمصاريف الشيء المعار مثل مصاريف الحزم والنقل وغير ذلك ، باعتباره المدين في الالتزام بالرد وذلك تطبيقا للقواعد العامة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٦٨٤ .

موضوع رقم (١٢)

(انتهاء العارية)

١٢٧- النصوص القانونية :

المادة (٦٤٣) مدني :

" ١- تنتهى العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشيء فيما أعير من أجله .

٢- فإذا لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية ، جاز للمعير أن يطلب إنهائها في أى وقت .

٣- وفي كل حال يجوز للمستعير أن يرد الشيء المعار قبل انتهاء العارية، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المعير فلا يرغم على قبوله " .

المادة (٦٤٤) مدني :

" يجوز للمعير أن يطلب في أى وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية:

(أ)- إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة .

(ب)- إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .

(ج)- إذا أعسر المستعير بعد انعقاد العارية أو كان معسرا قبل ذلك دون علم من المعير " .

المادة (٦٤٥) مدني :

" تنتهى العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره " .

(أسباب انتهاء العارية)

١٢٨- تعداد :

تنتهى العارية لأحد الأسباب الآتية :

- ١- انقضاء أجل العارية .
 - ٢- انتهاء العارية بسقوط الأجل وفسخ العارية . وذلك لسبب يرجع إلى المعير وهو إذا عرضت للمعير حاجة عاجلة للشئ لم تكن متوقعة .
وأسباب ترجع إلى المستعير هي :
(أ) - إساءة المستعير استعمال الشئ أو التقصير في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .
 - (ب) - إفسار المستعير بعد انعقاد العارية .
 - (ج) - موت المستعير .
 - ٣- أسباب أخرى لانتهاء العارية طبقا للقواعد العامة هي :
(أ) - تحقق الشرط الفاسخ .
 - (ب) - استحقاق العارية .
 - (ج) - اتحاد الذمة .
- ونعرض لهذه الأسباب فيما يلي .

(السبب الأول)
(انقضاء أجل العارية)

١٢٩- كيفية انقضاء أجل العارية :

رأينا أن المادة ٦٤٣ مدني تقضى بأن تنتهى العارية بانقضاء الأجل المتفق عليه ، فإذا لم يعين لها أجل انتهت باستعمال الشئ فيما أعبر من أجله . فإن لم يكن هناك سبيل لتعيين مدة العارية ، جاز للمعير إنهاؤها في أى وقت .

وواضح أن هذه للمادة أوردت ثلاثة فروض لانقضاء أجل الوديعة . ولذا سنعرض لهذه الفروض فيما يأتى :

الفرض الأول :

أن يتفق الطرفان على أجل لانتهاؤ الوديعة :

فقد يتفق الطرفان على أجل لانتهاؤ الوديعة . ولا يوجد في القانون نص يعين نهاية للمدة التي يصبح عقد العارية عنها ، وإذن فللمعاقدنين مطلق الحرية في تعيين للمدة المذكورة ، غير أنه لا يجوز الاتفاق على أن تكون العارية مؤبدة^(١) .

ويعمل في تحديد مدة العارية بما هو سارى بالنسبة لمدة الإيجار^(٢) .

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٩٦ .

(٢) راجع في مدة الإيجار مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع - عقد الإيجار في التقنين المدنى الجزء الخامس .

فإذا انتهى ميحد العارية ، التزم المستعير برد الشئ المعار ولو كان مازال في حاجة إلى استعماله .

الفرض الثاني :

عدم الاتفاق على أجل للعارية والاتفاق على الفرض من الإعارة:
قد لا يتفق الطرفان على أجل للعارية ولكنهما يتفقان على الفرض من إعارة الشئ المعار ، كأن يكون محل العارية سيارة للسفر بها إلى بلد معينة ، فإن العارية تنتهي بالسفر إلى هذا البلد وقد يكون الاتفاق على الفرض من الإعارة ضمنيا ، كأن يكون محل الإعارة كتاب ، فيكون هناك اتفاق ضمنى على أن الفرض من الإعارة قراءة الكتاب ، ومن ثم تنتهي الإعارة بالانتهاء من قراءة الكتاب .

على أنه إذا حددت العارية باستعمال معين وبوقت محدد فإنها تنتهي بانتهاء الاستعمال الذى أعيرت له ولو كان ذلك قبل حلول الأجل^(١).

الفرض الثالث :

الا يتفق الطرفان على مدة أو على الفرض من الإعارة :
قد لا يتفق الطرفان على مدة تنتهي فيها الإعارة أو على الفرض من الإعارة ، ولم يكن هناك سبيل آخر لتحديد مدة تنتهي بانقضاءها العارية ،

(١) عمود جمال الدين زكى ص ٢٤٧ .

فإن العارية تنتهى فى أى وقت يريد المـعـر^(١). بشرط ألا يكون ذلك فى وقت غير لائق ولو كان للمـعـر فى حاجة إلى الشئ المـعـار^(٢)، وهنا يقتضى أن يمهـل المـعـر المستعير مدة معقولة قبل الرد^(٣).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" حدد المـشـرع فى الفقرة الأولى من المادة ٦٤٣ من القانون المدنى حالتين لانتهاـء العارية الأولى أن يتفق المتعاقدان على أجل معين فلا تنتهى إلا بانتهاء ذلك الأجل ، والثانية ألا يكون المتعاقدان قد اتفقا على أجل معين ولكنهما اتفقا على الغرض الذى أعير من أجله الشئ فتنتهى العارية فى هذه الحالة بانتهاء استعمال الشئ فيما أعير من أجله ، أما الفقرة الثانية من المادة سائلة الذكر فقد حدد المـشـرع مجال إعمالها بالألا تكون من الحالتين سالفى الذكر فلا أجل محدد ولا غرض معين فتنتهى العارية فى هذه الحالة فى أى وقت يريد المـعـر بعد إمهال المستعير لمدة معقولة لرد الشئ المـعـار " .

(ظمن رقم ١٨٥٦ لسنة ٥٨ قى جلسة ١٩٨٩/٥/٢٩ - غير منشور)

١٤٠. يجوز للمستعير رد الشئ المـعـار قبل انتهاء العارية :

يجوز للمستعير أن يرد الشئ المـعـار قبل انتهاء العارية ، غير أنه إذا كان هذا الرد يضر المـعـر فلا يرغم على قبوله .

(١) السـهـورى ص ١٥٥٤ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٨٨ .

(٣) السـهـورى ص ٢٨٨ .

أى يجوز للمستعير أن يرد العارية قبل حلول الأجل المحدد لانتهائها .
وحكمة ذلك واضحة لأن الأجل يكون في هذا العقد لمصلحة المستعير
وحده ، ومن ثم يجوز له التنازل عنه . على أنه في أحوال نادرة قد لا
يكون الأمر كذلك ، فلا يرغم المعير على قبول الرد قبل الميعاد إذا كان
فيه إضرار به ^(١) ، كما لو كان المعير مسافرا وليس له وكيل يمكنه تسلم
الشيء المعار .

(السبب الثاني)

(سقوط الأجل وفسخ العارية)

(أ) - سبب يرجع إلى المعير :

١٤١- الحاجة العاجلة للمعير :

تنص الفقرة (أ) من المادة ٦٤٤ مدق على أن :

" يجوز للمعير أن يطلب في أى وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية :

(أ) إذا عرضت له حاجة عاجلة للشيء لم تكن متوقعة " .

فإذا عرضت للمعير حاجة عاجلة للشيء المعار لم تكن متوقعة ، جاز له

إنهاء العارية قبل انقضاء أجلها واسترداد الشيء المعار ، كما يجوز له أن

يتمتع عن تسليم الشيء المعار إلى المستعير إذا طرأت هذه الحاجة بعد التعاقد

وقبل التسليم .

ويشترط في الحاجة أن تكون عاجلة غير متوقعة ، فإذا كان المعير يستطيع الانتظار حتى يتقضى أجل العارية ، أو كان يتوقع هذه الحاجة وقت انعقاد العارية ومع ذلك أقدم على التعاقد لم يجزله إنهاء العارية قبل انقضائها ، بل لو كانت الحاجة عاجلة غير متوقعة ، وكان المعير مقصرا في إبرام العارية دون تبصر بحاجته إلى الشيء المعار ، أو كان إنهاء العارية يلحق بالمستعير ضررا يفوق ما يصيب المعير من ضرر ، جاز للقاضي أن يرفض الحكم بإنهاء العارية ^(١).

والقاضي يقدر إن كان المعير حقيقة في حاجة إلى الشيء المعار ، وأن حاجته هذه عاجلة غير متوقعة ، ومن الأهمية بميث تحول أخذ الشيء من يد المستعير قبل الوقت المتفق عليه ^(٢).

ومثال ذلك أن يكون لدى المعير سيارتان ، فأعار إحدهما لآخر لاستعمالها لمدة شهرين مثلا ، فوقع حادث لسيارته الأخرى واحتاج إصلاحها إلى مدة تزيد على مدة الإعارة .

وتفسير رد الشيء المعار في هذه الصورة أن المعير متعرج ، فإذا عرضت له حاجة عاجلة وغير متوقعة كان أولى من المستعير بالانتفاع بماله .

(١) السنهاورى ص ١٥٥٧ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٩١ .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" بما أن المعير متبرع ، فإذا عرضت له بعد عقد العارية حاجة إلى الشيء المعار عاجلة ولم تكن متوقعة وقت العقد ، فله أن يطلب إلغاء العقد ويسترد العارية إن كان قد سلمها أو يمتنع عن تسليمها إن لم يكن قد فعل، وذلك لأنه أولى من المستعير بالانتفاع بماله ، ويكون للقاضى فى هذه الحالة تقدير كون حاجة المعير إلى الشيء المعار عاجلة وغير متوقعة (أنظر التقنين الفرنسى المادة ١٨٨٩ ، وتقنين كوبيك المادة ١٧٧٤ ، وعكس ذلك التقنين النمساوى المادة ٩٧٦) ، فإذا وجد القاضى أن المعير مقصر فى عقد العارية دون تبصر بحاجته إلى الشيء المعار، أو أن إلغاء العارية يلحق بالمستعير ضررا يفوق ما يصيب المعير من ضرر ، جاز له أن يرفض إلغاء العارية " (١).

ولهذا السبب نظير فى عقد الإيجار - مع وجود بعض الفوارق - إذ نصت المادة ٦٠٧ مدنى على أنه :

" إذا اتفق على أنه يجوز للمؤجر أن ينهى العقد إذا جدد له حاجة شخصية للعين ، وجب عليه فى استعمال هذا الحق أن ينبه على المستأجر بالإخلاء فى المواعيد المبينة بالمادة ٥٦٣ ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك " - وواضح من هذا النص أنه هناك بعض الفوارق بين إنهاء الإيجار وإنهاء العارية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ض ٦٨٩ .

فإنهاء الإيجار للحاجة ، لا بد أن يكون متفقا عليه في عقد الإيجار ، ولم ينص على هذا الشرط في العارية ، باعتبارها تبرعا ، والإيجار معاوضة ولا بد من تقييد المؤجر بالتبنيح ومواعيده المشار إليها بالمادة .

(ب) - أسباب ترجع إلى المستعير :

١٤٢- (١) - إساءة المستعير استعمال الشيء أو التقصير في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه :

تنص المادة ٦٤٤ مدني في فقرتها (ب) على أنه : " يجوز للمعير أن يطلب في أى وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية :

(ب) إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه " .

وهذا السبب تطبق لبدأ الفسخ باعتبار عقد العارية من العقود الملزمة للجانبين ، فإذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه فإنه يكون قد أخل ببعض الالتزامات المفروضة عليه تجزئ للمعير طلب الفسخ .

والقاضي هو الذى يقرر ما إذا كان ما بدر من المستعير بعد إساءة لاستعمال الشيء أو تقصيرا في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه أم لا^(١).

(١) محمد كامل مرسى ص ٢٩٩ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" كذلك إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه ، جاز للمعير أن يطلب إلغاء العارية جزاء إخلال المستعير بالتزاماته " (١) .

١٤٢- (٢) إفسار المستعير بعد انعقاد العارية :

إذا أفسر المستعير بعد انعقاد العارية ، جاز للمعير أن يطلب إلغاء العقد ، فيمتنع عن التسليم إن لم يكن قد فعل ، ويسترد الشيء إن كان قد سلمه دون أن يعلم بالإفسار ، وكذلك إذا كان الإفسار سابقا على العقد ولم يعلم به المعير إلا بعد التسليم ، أما إن سلمه بعد العلم بالإفسار فلا يجوز له الإلغاء (٢) .

وينتقد البعض هذا السبب من أسباب إنهاء الإعارة ، لعدم تهمم الحكمة منه لأن ملكية الشيء المعار تبقى للمعير ، فلا يضار هذا من إفسار المستعير (٣) .

(راجع أيضا بند ١٠٩) .

أما موت المعير فلا يترتب عليه انتهاء الإعارة ، وتنقل حقوقه إلى ورثته ، كما تنتقل إليهم التزاماته في حدود تركته .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨٩ .

(٢) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٦٨٩ وما بعدها .

(٣) عمود جمال الدين زكى ص ٢٤٨ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" لما كانت العارية تبرعا فالغالب فيها أن يكون لشخص المستعير اعتبار خاص عند المعير ، فإذا مات المستعير تنتهى العارية ، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك، ومتى انتهت العارية بموت المستعير ، فإن التزامات المستعير كالاتزام برد العارية وغيره تبقى فى تركته وتعتبر دينا عليه .
أما موت المعير فلاينهى العارية وتبقى فى تركته التزاماته وحقوقه الناشئة عن العارية " (١) .

١٤٤- (٢) - موت المستعير :

تنص المادة ٦٤٥ مدنى على أن : "تنتهى العارية بموت المستعير ما لم يوجد اتفاق يقضى بغيره " .

فقد لاحظ الشارع أنه يراعى فى عقد العارية شخصية المعير ، فالمعير يعير شخصا بذاته وقد لا يرضى أن تنتقل العارية إلى غيره .

ولذلك نص فى المادة المذكورة على أن تنتهى العارية بموت المستعير .
غير أن هذا الحكم لايتعلق بالنظام العام فيجوز للطرفين الاتفاق على خلافه بأن تستمرالإعارة بعد موت المستعير فتنتقل إلى ورثته .

أما بالنسبة للالتزامات التى كان تقع على عاتق المستعير التوفى فإنها تظل باقية فى تركته ، ويلتزم بها ورثته فى حدود التركة ، مثل الالتزام بالرد والتعويض المستحق للمعير عما أصاب الشئ المعار من هلاك أو تلف أو فقد .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٦٩١ .

(أسباب أخرى لانتهاء العارية)
(طبقا للقواعد العامة)

١٤٥- (١)- تحقق الشرط الفاسخ :

إذا كانت العارية مقرونة بشرط فاسخ ، فإنها تنتهى بتحقيق ذلك الشرط ، كما إذا أعار شخص منزلا لموظف ليسكنه حتى ينقل الموظف من البلد الموجود به المنزل ، فإنه عند نقله يتحقق الشرط وينتهى العقد.

١٤٦- (٢)- استعناق العارية :

إذا أعار شخص شيئا من غير أن يكون له حق أو صفة في ذلك ، كان العقد معتبرا بين العاقدين ، ولكن المالك لا يكون ملزما باحترامه ، وله أن يطلب رد العارية في أى وقت شاء، وبذلك تنقضى العارية .

١٤٧- (٣)- انعقاد الذمة :

إذا اتحدت الذمة ، بأن اجتمعت صفتا دائن ومدين - معبر ومستعير - في شخص أحدهما ، انبنى على ذلك زوال الصفتين المذكورتين بمقابلة إحداهما للأخرى (م ٣٧٠ مدق) ويترتب عليه انقضاء العقد ، كما لو ألت العين المعارة إلى المستعير بطريق الإرث عن المعير ، ولكن الواقع أن اتحاد الذمة ليس سببا في انقضاء العقد ، وإنما بهذا السبب يستحيل استعمال الحق ، فيقف ذلك الاستعمال فقط ، ولا ينقضى العقد بحيث أنه إذا مازال السبب الذى من أجله اتحدت الذمة أمكن استعمال الحق ^(١) .

١٤٨- هل تنتهى العارية ببيع الشئ المعار؟

إذا بيع الشئ المعار ، فقد ذهب بعض الشراح إلى أنه لا يجوز الاحتجاج بالعارية ضد المشتري، وذهب البعض الآخر إلى أنه يصح الاحتجاج بالعارية قبل المشتري ، لأن المستعير له حق حبس العين المعارة حتى تنتهى العارية ، فله إذن أن يتمسك بالعارية ضد أى شخص يهمله ذلك ^(١) .

ونرى الأخذ بالرأى الثانى .

(العقد الثالث)
(عقد القرض)

موضوع رقم (١٣)

**التنظيم التشريعي لعقد القرض - تعريف عقد القرض -
خصائص عقد القرض - تمييز عقد القرض عما
يشته به من العقود**

١٤٩- التنظيم التشريعي لعقد القرض :

كان التقنين المدني القديم يعتبر القرض والعارية نوعين لعقد واحد ،
وأفرد لهما الباب الخامس من الكتاب الثالث الذى خصصه " للعقود
المعينة " ، وكان يضم إليها فى نفس الباب الدخل الدائم والإيرادات المرتبة
مدى الحياة ، رغم أن الصلة مفقودة بين هذه العقود المتنافرة .
وقد نص فى المادة ٥٦٤/٤٦٣ على أن " العارية على نوعين عارية
استعمال وعارية استهلاك " ثم وضع للأولى تعريفا فى المادة ٥٦٥/٤٦٤
وتعريفا للثانية فى المادة ٥٦٦/٤٦٥ وقد عرفت المادة الأخيرة عارية
الاستهلاك بقولها : " والعارية بالاستهلاك هى أن المعبر ينقل إلى المستعير
ملكية شئ يلتزم المستأجر بتعويضه بشئ آخر من عين نوعه ومقداره
وصفته بعد الميعاد المتفق عليه " ، وقسم بعد ذلك الباب إلى فرعين تناول
فى الأول " عارية الاستعمال " بينما خصص الثانى " لعارية الاستهلاك
والإيرادات المرتبة " .

أما التقنين المدنى الجديد فقد أطلق على " عارية الاستهلاك " لفظ القرض ، بينما اكتفى في تسمية " عارية الاستعمال " بكلمة " عارية " وبذلك اتفق التعبير القانونى فيهما مع الاصطلاح اللغوى . وقد وزع التقنين محتويات الباب الخامس المذكور حسب طبيعة كل عقد منهما على مختلف تقسيمات العقود في التقنين المدنى الجديد. فوضع القرض والدخل الدائم في الباب الخاص " بالعقود التى ترد على الملكية " بينما جمع بين العارية والإيجار في الباب الثانى الخاص " بالعقود الواردة على الانتفاع بالشئ " ، ثم أورد أحكام " المرتب مدى الحياة " في الباب الرابع الذى استحدثه لعقود الفرر " .

وتعدى التجديد دائرة التنظيم والتقسيم إلى نوع هذه العقود ، فأدخلها المشرع في حظيرة العقود الرضائية ، بعد أن كان التقنين القديم - على غرار القانون الفرنسى - يعتبرها عقودا عينية . وبذلك تخلص القانون المدنى من إحدى بقايا القانون الرومانى التى لم يعد لها في العصر الحاضر ما يبرر وجودها ^(١) .

وقد جاء بالمذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى تحت عنوان " نظرة عامة " ما يأتى :

" يجمع التقنين الحالى ما بين عارىي الاستعمال والاستهلاك والدخل الدائم والدخل المرتب مدى الحياة في باب واحد . والصلة ما بين هذه العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٧٥ وما بعدها .

طبيعة العقد الآخر ، فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما عارية الاستهلاك فتد على الملكية.

وإذا كان الدخل الدائم عقدا محلدا ، فإن الدخل المرتب مدى الحياة عقد احتمالي. والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم مكان واحد ، فكلاهما قرض ، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود التي ترد على المنفعة ، والدخل المرتب مدى الحياة مكانه بين العقود الاحتمالية . وهذا ما فعل المشروع .

وقد رتب نصوص القرض ترتيبا منطقيا لانجده في التقنين الحالي ، فذكرت أولا التزامات القرض ، وهي نقل الملكية وتسليم الشيء وضمان الاستحقاق وضمان العيب ، وهذه هي الالتزامات التي تنشأ عادة العقود الناقلة للملكية ، رأيناها قبل ذلك في البيع والمقايضة والهبة والشركة . ثم ذكرت بعد ذلك التزامات المقرض ، وهي رد المثل ودفع الفوائد . ذكرت أخيرا الوجوه التي ينتهي بها العقد .

ويختلف المشروع عن التقنين الحالي في مسائل أهمها ما يأتي :

١- جعل المشروع القرض عقدا رضائيا ، وهو عيني في التقنين الحالي. والعينية في القرض تقليد من التقاليد الرومانية البالية ، بقي بعد أن اختفى ما يعبره .

٢- بين المشروع بوضوح أن القرض عقد ملزم للجائين ، فهناك التزامات في ذمة المقرض تقابلها التزامات أخرى في ذمة المقرض .

٣- حذف المشروع نص المادة ٤٧٨ من التقنين الحالى التى تميل إلى المادة ١٢٥ فيما يتعلق بالحد الأقصى للفائدة الاتفاقية ، اكتفاء بما ورد عن ذلك فى الأحكام العامة للالتزامات .

٤- بين المشروع أسباب انقضاء القرض بيانا وافيا ، و جدد فى مسألة مهمة ، إذ أجاز انتهاء القرض بعد ستة أشهر من إعلان الدائن إذا اتفق فيه على سعر للفوائد يزيد على السعر القانونى .

٥- أغفل المشروع نصا أورده التقنين الحالى خاصا برد القيمة العددية للنقد أيا كان اختلاف أسعار المسكوكات اكتفاء بالنص العام الذى ورد فى هذا الشأن . بقى الدخل الدائم ، وقد أوجز فيه التقنين الحالى إنجازا مخلا. أما المشروع فقد عرف العقد ، وبين أحكامه ، وأفاض بنوع خاص فى أحكام الاستبدال به ، والاستبدال خصيصة رئيسية فى هذا العقد^(١) .

١٥٠- تعريف عقد القرض :

عرفت المادة ٥٣٨ مدنى القرض بقولها " القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثلى آخر ، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله فى مقداره ونوعه وصفته " .

ويتضح من هذا التعريف أن عقد القرض محله يكون دائما شيئا مثليا وهو فى الغالب نقود ، فينقل المقرض إلى المقترض ملكية الشئ المقرض ،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٠٧ وما بعدها .

على أن يسترد منه مثله في نهاية القرض ، وذلك دون مقابل أو بمقابل هو الفائدة ^(١) .

ومن الجائز أن يتخذ القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة في عمليات البنوك مثل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان ، باعتبار أنه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " من الجائز أن يتخذ عقد القرض صوراً مختلفة غير صورته المألوفة من قبيل الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان باعتبار أنه يجمع بينها كلها وصف التسهيلات الائتمانية ويصدق عليها تعريف القرض بوجه عام الوارد في المادة ٥٣٨ من القانون المدني " .

(طعن رقم ٤١٢ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/١٢/٣٠)

وبين من التعريف السابق لعقد القرض أنه له عدة خصائص نعرض لها

فيما يلي :

١٥١- خصائص عقد القرض :

أولاً : القرض عقد رضائي :

عقد القرض عقد رضائي ، يتم بالإيجاب والقبول .

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الخامس

أما تسليم الشيء محل القرض فهو مجرد التزام من الالتزامات التي تترتب على العقد ، يقع على عاتق المقرض .

وفي هذا يختلف التقنين المدق الجديد عن التقنين المدق القديم إذ كان عقد القرض في ظلّه عقدا عينا ، يعتبر التسليم فيه ركنا لا ينعقد بدونّه .

وفي هذا جاء بالمذكورة الإيضاحية لمشروع التقنين المدق :

" ١- جعل المشروع القرض عقدا رضائيا ، وهو عيني في التقنين الحالي . والعينية في القرض تقليد من التقاليد الرومانية البالية بقى بعد أن اختفى ما يورثه " (١) .

كما جاء بمذكورة المشروع التمهيدى أنه :

" يفهم من هذا التعريف أن القرض عقد رضائي لا عيني ، فإن التسليم لم يذكر فيه على أنه ركن من أركان العقد . بل ذكر في المادة التالية على أنه التزام في ذمة المقرض إلخ " (٢) .

ثانياً : عقد القرض عقد ملزم للجانبين :

عقد القرض من العقود الملزمة للجانبين ، فيلتزم المقرض بتسليم الشيء المقرض ونقل ملكيته إلى المقرض ، ولا يسترده منه إلا عند نهاية القرض ، ويضمن الاستحقاق والعيوب الخفية . كما يلتزم المقرض برد مثل الشيء المقرض عند نهاية القرض ، مضافا إليه الفائدة في - إذا كان متفقاً على فائدة- ويرد المصروفات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٠٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١٠ .

ثالثاً : القرض من عقود التبرع :

الأصل في القرض أن يكون بغير مقابل ، فيعتبر بذلك من عقود التبرع. ولكن المجانية ليست قوام العقد وإن اتفقت مع طبيعته فليس ثمة ما يمنع القرض من أن يحصل على فائدة فيكون العقد معاوضة .

وفي هذا تنص المادة ٥٤٢ مدني على أن : " على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على الفوائد اعتبر القرض بغير أجر " .

١٥٢- تمييز عقد القرض عما يشبهه به من العقود :

(أ) - عقد القرض وعقد البيع :

البيع هو نقل ملكية شيء مقابل مبلغ من النقود ، أما القرض فهو نقل ملكية مبلغ من النقود أو شيء آخر من المثليات مقابل مبلغ مماثل من النقود أو شيء آخر من المثليات ، وهو ما يجعل القرض يتميز بوضوح عن عقد البيع^(١).

(١) وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إن محكمة الموضوع إذ تفسر غامض السند موضوع النزاع طبقاً لمقاصد العاقلين ، مسترشدة في ذلك بطروفي الدعوى وملابساتها ، وإذا تأخذ بما ترححه من وجوه التفسير ، معتمدة على اعتبارات معقولة مقبولة ، لا تخضع لرقابة محكمة النقض على ما يجري به قضاؤها . فإذا اختلف طرقي الدعوى على تفسير ورقة : قال المدعى أن المبلغ الوارد بها هو قرض واجب الأداء ، -

وقال المدعى عليه إنه لم يكن قرضاً اقترضه من المدعى وإنما هو جزء من ثمن قطن تسلمه المدعى من زراعته بصفته وكيلاً عنه وباعه وقبض ثمنه، ورشح المدعى عليه لهذا الادعاء بعبارة الورقة المطالب بقيمتها وبأوراق أخرى قدمها، فحكمت محكمة الاستئناف تمهيداً باستجواب الخصمين وحقت ما ادعاه كل منهما، وحصلت مما استظهرته من القرائن ومن جميع ظروف الدعوى أن دعوى المدعى عليه أرجح من دعوى المدعى، أو أن هذه القرائن - على أقل تقدير - موجهة للشك في سبب الدين المدعى به، فرفضت الدعوى، فهذا الحكم صحيح ولا مخالفة فيه لا لحكم المادة ٢١٥ ولا لحكم المادة ١٩٤ من القانون للدق. لا مخالفة فيه لحكم المادة ٢١٥ لأن المحكمة، باعتمادها على عبارة الورقة المطالب بقيمتها وعلى قول المدعى في محضر استجوابه وعلى الخطابات التي أرسلها هو للمدعى عليه دالة على أنه كان يقوم له بإدارة أطيانه وتسليم قطنه، قد اعتمدت على ما يصح اعتباره مبدأً ثبوت بالكتابة يجوز لها أن تستكملها بالقرائن الأخرى. ولا مخالفة لنص المادة ١٩٤ مدق، لأن المحكمة لم تقض بمقاصة ما، وإنما هي قضت برفض دعوى المطالبة بعد أن ثبت لها أن المبلغ المطالب به لم يتسلمه المدعى عليه إلا على اعتباره جزءاً من ثمن قطنه الذي باعه المدعى حين كان وكيلاً عنه".

(طعن رقم ٥٢ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٣٣/١٢/٧)

٢- "إذا كانت المحكمة حين قالت إن العقد المتنازع عليه عقد قرض لا بيع بخلافاً لظاهره، قد أقامت ذلك على أن نية طرفيه كانت متصرفة إلى القرض لا إلى البيع، مستخلصة هذه النية من ورقة الضد التي عاصرت تحرير العقد ومن التحقيق الذي أجرته في الدعوى والقرائن الأخرى التي أوردتها استخلاصاً لم يرد عليه طعن الطاعن في حكمها، فيتعين رفض هذا الطعن".

(طعن رقم ٥١ لسنة ١٦ ق ١٩٤٧/٤/٣)

غير أنه قد يدق في بعض الأحوال التمييز بين القرض والبيع ، ومثال ذلك ما يأتي :

١- السندات التي تصدرها إحدى الشركات للغير :

قد تصدر شركة من الشركات سندات للغير مقابل مبلغ من النقود، وهذا لا يعتبر بيعا بل يعتبر قرضا إذا كانت القيمة دفعت للشركة ، أو وعدا بالقرض إذا لم تكن قد دفعت فعلا ، والسند لم يكن إلا مستندا لإثبات ذلك العقد^(١).

٢- شرط التملك عند الوفاء :

تنص المادة ١٠٥٢ مدني على أن:

" ١- يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير لمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائته عن العقار المرهون وفاء لدينه " .

فهذه المادة تنص على ما يطلق عليه "شرط التملك عند الوفاء" إذ بمقتضاه يقبل المقرض إذا لم يف القرض في الميعاد ، أن يملك المقرض العين المرهونة في نظير القرض فينقلب القرض بيعا .

(١) محمد كامل مرسى العقود المسماة الجزء الثاني الطبعة الثانية ١٣٧١ هـ-

وهذا الشرط كما نصت المادة باطل .

٣- بيع العينة :

صورة هذا البيع أن يبيع المقرض متاعا للمقرض بثمن معجل يقبضه منه وهذا هو القرض ، ثم يعيد المقرض يبيع نفس المتاع من المقرض بثمن مؤجل أعلى من الثمن المعجل الذى دفعه ، ويكون الفرق فوائد ويغلب أن تكون فوائد فاحشة ^(١).

(ب) - عقد القرض وعقد المقايضة :

المقايضة كالبيع ، وتتبع فيها أحكامه (٤٨٥م مدق) ولا تختلف عنه إلا من حيث أن البيع هو نقل ملكية شئ مقابل مبلغ من النقود، أما المقايضة فهي نقل ملكية شئ آخر من غير النقود على سبيل التبادل مع آخر وتختلف حينئذ المقايضة عن القرض الذى هو نقل ملكية مبلغ النقود أو شئ آخر من المثليات مابل مبلغ من النقود أو شئ آخر من المثليات .

(ج) - القرض وعقد الشركة :

يميز القرض عن الشركة ، فى أن المقرض ينحصر حقه فى الحصول على مثل القرض من النقود أو الأشياء المثلية الأخرى من المقرض، دون البحث عما إذا كان قد أصابه خسارة أو كسب من استغلاله القرض .

(١) السهورى ص ٥٣٣ .

أما في الشركة فإن الشريك يسترد حصته بعد انقضاء الشركة حيث يساهم في الربح أو الخسارة .

ولكن قد تدق التفرقة في بعض الحالات بين القرض والشركة ، إذا قدم شخص مالا لآخر واشترط عليه أن يسترد مثله وأن يساهم في الربح دون الخسارة فمن رأى أن هذه شركة رآها شركة باطلة ، إذ هي شركة الأسد ومن رأى أن هذا قرض اعتبر أن من قدم المال قد أقرضه للآخر واشترط فائدة للقرض هي نسبة معينة من الربح ، وتكون الفائدة هنا أمرا احتماليا قد يتحقق إذا تحقق ربح وقد لا يتحقق إذا انعدم الربح . وينبئ على ذلك أنه إذا تحقق ربح زاد نصيب المقرض فيه على الفائدة المسموح بها قانونا ، أنزل النصيب إلى الحد القانوني ، كما أن المقرض لا يشترك غالبا في إدارة العمل الذي قدم المال من أجله ، ولا تكون له رقابة عليه إذ ليس بشريك . ويتوقف الأمر على نية الطرفين ، فإن انصرفا نيتهما إلى المشاركة في العمل ، اعتبر من قدم المال شريكا اشترط عدم المساهمة في الخسارة فتكون الشركة باطلة ، وإلا كان العقد قرضا على النحو الذي أوضحناه^(١).

(١) السهوري ص ٥٣٤ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- "إنه وإن كان لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود التي تطرح أمامها واستخلاص قصد العاقدین منها ، إلا أن تكييفها لهذه العقود وتطبيق نصوص القانون عليها يكونان خاضعين لرقابة محكمة النقض. فإذا تعاقد تاجران على الاتجار في القطن لمدة محددة بشروط محصلها أن أحدهما يدفع ثلثي رأس المال والثلث الباقي يدفعه الآخر الذي تكون النقدية في عهده ويكون هو المسئول وحده عن رأس المال والتولي القيام بالعمل من شراء وبيع وتخزين وحلج ، على أن يساعده الأول طبقاً لتعليماته هو ، وأن الربح يقسم بين الاثنين بنسبة الثلث لصاحب الحصّة الكبرى نظير فوائد مبلغة وأجرة عمله والثلثين نظير خبرته ورأس ماله ، أما الخسارة فلا يتحمل صاحب الحصّة الكبرى فيها شيئاً ، بل يرد إليه نصيبه في رأس المال كاملاً ، ثم نص في هذا العقد على أنه " معتر بصفة اتفاق عن عمل معين فشرط الشركات التجارية غير منطبقة عليه " - فهذا العقد إذا اعتبرته محكمة الموضوع عقد قرض واستخدام كان لمحكمة النقض أن تتدخل في هذا التكييف وأن تعتبره عقد شركة باطلة وفقاً لنص المادة ٤٣٤ من القانون المدني بالرغم من اشتماله على ذلك النص ، لأن صاحب الحصّة الكبرى في رأس المال لم يساهم في الشركة بعمل فني ، بل شريكه هو بمقتضى عقد الاتفاق ، القائم بالعمل كله " .

(طعن رقم ٨ لسنة ٣ في جلسة ١٩٣٣/٦/٢٢)

٢- " يشترط لقيام الشركة أن توجد لدى الشركاء نية المشاركة في نشاط ذي تبعه وأن يساهم كل شريك في هذه التبعة بمعنى أن يشارك في

الربح والخسارة معا ومن ثم فإن فيصل التفرقة بين الشركة والقرض هو ما انتواه المتعاقدان وتوافر نية المشاركة وعدم توافرها لديهما. وتعرف هذه النية من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ولا معقب عليه فى ذلك متى أقام رأيه على أسباب سائغة . وإذا استند الحكم المطعون فيه فى نفي نية المشاركة لدى العاقلين واعتبار العقد المبرم بينهما عقد قرض وليس شركة ، إلى ما تضمنته بنود هذا العقد من اشتراط المطعون ضده الحصول فى نهاية مدة العقد على دفعه لتمويل العمليات التى يقوم بها الطاعن كاملا مهما كانت نتيجة هذه العمليات وعدم تحميله شيئا من الالتزامات التى تترتب عليها فى ذمة الطاعن للغير واشتراطه أيضا أن يقدم له الطاعن شهريا قدرا معينا من المبلغ المدفوع ، وكان مؤدى كل ذلك نفي قيام نية المشاركة وتكييف العقد بأنه قرض ، ذلك أن المبلغ الواجب دفعه شهريا مهما كانت نتيجة العمليات التى يجريها الطاعن من ربح أو خسارة وإن وصف فى العقد بأنه من أرباح الشركة لا يمكن أن تكون حقيقة كذلك إذ الربح لا يكون مؤكدا ولا معروفا مقداره سلفا وإنما حقيقة هذا المبلغ هو فائدة مستورة فى صورة ربح ، فإن النعمى على الحكم الخطأ فى تكييف العقد يكون على غير أسس " .

(طعن رقم ٦٧ لسنة ٣٤ قى جلسة ١٩٦٧/٦/٢٢)

(د)- عقد القرض وعقد العارية :

عقد القرض من العقود التى ترد على الملكية إذ بموجبه تنتقل ملكية الشيء المقرض من المقرض إلى المقرض على أن يرد مثله فى نهاية القرض.

أما عقد العارية فهو من العقود التي ترد على الانتفاع إذ لا تنتقل بموجبه ملكية الشيء المعار من المعير إلى المستعير ، وإنما يتسلم المستعير الشيء المعار للانتفاع به فقط ثم إعادته إلى المعير .

ومحل القرض يجب أن يكون نقودا أو أى شيء مثلى ، لأن المقترض يلتزم برد مثله ، أما محل العارية فيجب أن يكون شيئا قيميا ، إذ يلتزم المستعير برد الشيء المعار بذاته .

أما إذا كانت الوديعة ناقصة وهى الوديعة التي ترد على مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر ، فقد اعتبرها القانون قرضا - كما ذكرنا سلفا - إذ نصت المادة ٧٢٦ مدنى على أنه :

" إذا كانت الوديعة مبلغا من النقود أو أى شيء آخر مما يهلك بالاستعمال . وكان المودع عنده مأذونه في استعماله ، اعتبر العقد قرضا " .

(هـ) - عقد القرض وعقد الهبة :

يشبه القرض الهبة في أمرين الأول : أن ملكية كل من القرض والهبة تنتقل إلى المقترض أو الموهوب له . والثاني : أنهما قد يكونان بعوض أو بدون عوض والعوض في القرض هو الفائدة .

ولكن يختلف القرض عن الهبة ، في أن القرض يشترط فيه رد شيء مماثل للشيء المقترض ، أما الهبة فلا رد فيها ^(١) .

موضوع رقم (١٤)

(أركان عقد القرض)

١٥٢. تعداد:

عقد القرض كسائر العقود الأخرى له أركان ثلاثة هي :
التراضى والمحل والسبب .

ونعرض لهذه الأركان بإيجاز فيما يلي :

أولاً : التراضى فى عقد القرض :

١٥٤. توافق الإيجاب والقبول :

عقد القرض عقد رضائي يكفي لانعقاده توافق الإيجاب والقبول من
المقرض والمقرض . وليس هناك أحكام خاصة بالتراضى فى عقد القرض،
وإنما تسرى عليه القواعد العامة، وقد أشرنا إليها فى المجلد الأول .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض بأن :

" لما كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه بإعفاء المطعون ضده من
الفوائد معولاً فى ذلك على ما أورده الخبير فى تقريره من أن موافقة
الطاعن الأول على القرض لم تنفذ إلا بتاريخ ٢٨/١١/١٩٨٤ بعد صدور
القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٨١ المانع لتقاضى فوائد على القروض على
القروض الخاصة بالإسكان التعاونى للعاملين بوحدة القطاع العام فخلط
بذلك بين انعقاده وتنفيذه رغم أن الثابت بالمستندات أن عقد القرض قد
انعقد بين الطاعنين بتلقى الإيجاب والقبول فى ٩/٨/١٩٨٠ قبل تاريخ

العمل بالقانون المذكور وقد جره هذا الخلط إلى تطبيق هذا القانون بأثر رجعي دون نص خاص فيه على أعمال هذا الأثر بما يعيه بمخالفة القانون والثابت بالأوراق والفساد في الاستدلال .

(طعن رقم ٣١٠٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٤/١١/١٦)

١٥٥- صور مختلفة لعقد القرض :

الصورة المعتادة في عقد القرض هو حصول المقرض على مبلغ من النقود من المقرض على أن يرد مثل هذا المبلغ إلى المقرض في نهاية القرض .

غير أن القرض قد يتخذ صوراً مختلفة عن هذه الصورة المعتادة ومثل ذلك ما يأتي :

١- أن يصدر شخص معنوي خاص أو شخص معنوي عام سندات، فهذه السندات قروض يعقدها الشخص المعنوي مع المقرضين ، ومن اكتب في هذه السندات فهو مقرض للشخص المعنوي بقيمة ما اكتب به.

٢- تحرير كميالة أو سند تحت الإذن أو لحامله ، فهذه الأوراق قد تكون قروضا يعقدها من حررها وهو المقرض لمصلحة من حررت له وهو المقرض .

٣- فتح اعتماد في مصرف لعميل ، فالعميل يكون مقرضاً من المصرف مبلغاً حده الأقصى هو الاعتماد المفتوح .

٤- تسجيل مصرف مبلغا من النقود لعمل لقاء أوراق مالية مودعة في المصرف ، فالمصرف يكون قد أقرض العمل هذا المبلغ الذى عطله في مقابل رهن الأوراق المالية المودعة في المصرف ^(١).

١٥٦- حكم إقراض مال الغير :

يلتزم المقرض بنقل ملكية الشيء المقرض إلى المقرض ومن ثم يجب أن يكون المقرض مالكا يمكنه نقل ملكية الشيء المقرض .

ولم يرد نص في شأن إقراض مال الغير ، كما ورد في شأن في بيع ملك الغير (م ٤٦٦ ، ٤٦٧ مدنى) ، وهبة ملك الغير (م ٤٩١ مدنى).

وقد ذهب رأى إلى أنه يجب تطبيق حكم القواعد العامة في إقراض مال الغير . وهذه تقضى بأن عقد القرض - وهو عقد ملزم للجانبين - يكون قابلا للفسخ بناء على طلب المقرض إذا لم يف المقرض بالتزامه بنقل ملكية الشيء المقرض . فإذا أقرض شخص آخر كمية من الغلال ولم يكن يملكها فإن القرض يقع صحيحا ، ولكن المقرض يحجز عن نقل ملكية الغلال إلى المقرض حتى ولو تسلمها هذا . فتبقى الغلال في يد المقرض غير مملوكة له ، ويجوز للمالك الحقيقى أن يستردها منه . وسواء استردها المالك الحقيقى أو لم يستردها ، فإن المقرض يستطيع أن يطلب فسخ القرض لعجز المقرض عن الوفاء بالتزامه ، وأن يطلب المقرض بالتعويض في الحدود التى يجب فيها على المقرض ضمان الاستحقاق ^(٢).

(١) السهنورى ص ٥٤٣ وما بعدها .

(٢) السهنورى ص ٥٥١ .

ير - بما ذهب رأى آخر إلى قيلس إقراض مال الغير على بيع ملك الغير فيكون قابلا للإبطال ، ولكن المالك الشئ المقرض أن يرفع دعوى الاستحقاق على المقرض لأخذ ماله من يده ، من غير حاجة إلى طلب بطلان القرض^(١).

والرأى الأول يتفق واتجاه محكمة النقض في إيجار ملك الغير، وهو لم يرد بشأنه نص في القانون - كالشأن في إقراض مال الغير - فقد ذهبت إلى أن إيجار ملك الغير صحيح في صدد العلاقة بين الموخر المستأجر وأنه ليس لهذا الأخير طلب فسخ الإيجار إلا إذا تعرض له المالك للعين الموقرة. غير أن هذا الإيجار لا ينفذ في حق المالك الحقيقي لأنه أجنبي عن الإيجار ، وله أن يتجاهل حصوله تماما وأن يطلب استرداد الشئ الموقر من المستأجر إذا كان قد تسلمه .

إذ جرى قضاء محكمة النقض على أن :

١- " مودى ما تقضى به المادة ٥٥٨ من القانون المدق من أن الإيجار عقد يلتزم الموقر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشئ معين مدة معينة لقاء أجر معلوم ، لا يشترط أن يكون الموقر مالكا بما يعنى أن إيجار ملك الغير صحيح في صدد العلاقة بين الموقر والمستأجر وأنه ليس لهذا الأخير طلب فسخ الإيجار إلا إذا تعرض له المالك للعين الموقرة ، وكان الطاعن لا يمارى في أن الأطيان المشار إليها بهذا الوجه وردت ضمن القدر الموقر في عقد الإيجار ، وأنه مكن من الانتفاع بها

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٢٥ - محمود جمال الدين زكى ص ١٩٣ .

ولم يدع أن أحدا تعرض له فيها ، فإن عدم اطلاع المحكمة على عقد بيع صادر للمطعون عليه بشأن جزء من الأطنان الموجهة لا يجدى طائلا لا لزوم له في الدعوى المطروحة " .

(طعن رقم ٦٢٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٧/١١/٢)

٢- " الإيجار الصادر من شخص لا يملك الشئ الموجه وليس له الحق في التعامل في منفعة وإن وقع صحيحا بين طرفيه . فإنه لا ينفذ في حق مالكة أو من له حق في الانتفاع به ، إلا بإجازة هذا الأخير له ، بحيث لا يجوز له أن يتعرض للمستأجر في الانتفاع بالعين الموجهة طوال مدة الإيجار " .

(طعن رقم ٥٧٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٩/١/١٠)

٣- " إيجار ملك الغير صحيح فيما بين الموجه والمستأجر . مناطه . تمكين المستأجر من الانتفاع بالشئ الموجه وعدم ادعائه تعرض المالك له فيه " .

(طعن رقم ٣٣٦٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٩/٣/١)

(راجع الأحكام الأخرى المنشورة بمؤلفنا عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد الطبعة السادسة ٢٠٠٢/٣/٢٠٠٣ بند ١١٩) .

غير أنه إذا كان المقترض حسن النية معتقدا أنه إنما اقترض الشئ المقترض من مالكة ، لا يكون للمالك الحق في استرداد الشئ المذكور إذا تمسك المقترض بقاعدة " الحيازة سند الملكية " (م ١/١٧٦ مدق) ويكون للمقترض إن تمسك بهذا الدفع أن يبقى القرض حتى ينتهي الأجل .

وفي هذه الحالة يجوز للمالك الحقيقي الرجوع على المقرض بما أثرى به على حسابه طبقا لقواعد الإثراء بلا سبب ، لأن المقرض لم يحز الشيء المقرض إلا ملتزما برد مثله . فإذا كان المقرض قد استهلك الشيء المقرض ، رجع عليه المالك الحقيقي - لا المقرض - بقيمة ما استهلكه عند نهاية القرض ، ويستطيع كذلك أن يرجع على المقرض إذا كان هذا مسئولا طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية^(١).

أما إذا كان الشيء المقرض مفقودا أو مسروقا فإن المقرض لا يملكه بالرغم من حسن نية ، وللمالك الحقيقي أن يسترده منه خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة (م ١/٩٧٧ مدني)^(٢).

(١) السهورى ص ٥٥١ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ١٩٤ .

(٢) السهورى ص ٥٥١ .

ثانيا : المحل والسبب

(أ) - المحل .

١٥٧- إحالة إلى القواعد العامة :

يجب أن يتوافر في الشيء المقترض الشروط العامة التي يجب توافرها في المحل طبقا للقواعد العامة ، بأن يكون الشيء المقترض موجودا ، معينا أو قابلا للتعين ، غير مخالف للنظام العام أو الآداب . ونحيل إلى ما ذكرناه بصدد القواعد العامة بالجلد الأول .

غير أننا هنا نتناول بشئ من الإيضاح مسألتين :

الأولى : الشروط الخاصة الواجب توافرها في الشيء المقترض .

الثانية : حكم فوائد القرض ، إذا اتفق على فوائد للقرض ..

ونعرض لهاتين المسألتين على النحو التالي .

١٥٨- المسألة الأولى :

الشروط الخاصة الواجب توافرها في الشيء محل عقد القرض :

بموجب الشروط العامة التي يجب توافرها في الشيء محل عقد القرض والتي أشرنا إليها في البند السابق، يشترط أن يكون هذا الشيء إما مبلغ من النقود أو أى شيء مثلى آخر ، والأموال المثلية هي التي يقوم بمضاهيها مقام بعض عند الوفاء والتي تقدر عادة في التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن (م ٨٥ مدق) .

فيخرج بذلك العقارات ، والمنقولات المعنوية عدا السندات لحاملها ، لأنها تعتبر أموالا قيمة .

ويكون موضوع القرض في الغالب ، مما يهلك بالاستعمال ، سواء كان ماديا كالماكولات أو الحبوب ، أو مدنيا كالنقود . ولكن ليس ذلك حتما فقد يقع القرض على منقولات لا تنهلك بالاستعمال ، فالعبرة كما ذكرنا سلفا بقصد العاقدين . فيحوز أن يقترض صاحب مكتبة من صاحب مكتبة أخرى نسخة من كتاب لبيعها إلى عميل ، على أن يرد مثلها إلى المقرض ، ولكن نسخة الكتاب هنا قد أعدت للاستهلاك ، فأصبحت قابلة للاستهلاك لا بالنسبة إلى طبيعتها بل بالنسبة إلى الغرض الذي أعدت له ^(١).

والملاحظ أن القرض في العصر الحاضر لا يرد على غير النقود إلا نادرا ، ولذلك خصتها المادة ٥٣٨ مدني بالذكر في تعريف القرض ^(٢).

١٥٩- المسألة الثانية :

فوائد القرض :

رأينا أن المادة ٥٤٢ مدني تنص على أنه : " على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر " ^(٣).

(١) السنهوري ص ٥٤٩ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكي ص ١٨٨ .

(٣) قضت المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ٤ مايو سنة ١٩٨٥ في القضية رقم

٢٠ لسنة واحد قضائية " دستورية " (٧ لسنة ٩٩ عليا) برفض الدعوى

التي أقيمت أمامها بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من التقنين المدني والتي

تقرر الفوائد القانونية ونشر أسباب الحكم فيما يلي :

" بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات والمداولة .

«حيث إن الوقائع على ما يبين من صحيفة الدعوى وسائر الأوراق -
تتحصل في أن المدعى بصفته كان قد أقام الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٢٢ قضائية
أمام المحكمة الإدارية العليا طالبا إلغاء الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري
في الدعوى رقم ١٤٦٥ لسنة ٢٥ قضائية القاضي بإلزامه ووزير الأوقاف
وعميد كلية الطب بصفاتهم بأن يدفعوا لمورث المدعى عليه الرابع مبلغ
١١٢ر٣٩٢ جنيه باقى ثمن آلات جراحية تم توريدها إلى كلية الطب بجامعة
الأزهر - والفوائد القانونية عن هذا المبلغ بواقع ٤% من تاريخ المطالبة
القضائية . وأثناء نظر الطعن دفع المدعى بصفته بعدم دستورية المادة ٢٢٦ من
القانون المدنى . فقضت المحكمة الإدارية العليا بجملة ٣ أبريل سنة ١٩٧٨
بوقف الفصل في الطعن لرفع المدعى دعواه الدستورية فأقام الدعوى الثالثة .
وحيث إن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى استنادا إلى أن
جامعة الأزهر الذى يعد من الأشخاص المعنوية العامة وبالتالي فهي من جهات
الحكومة التى اعتبرها المشرع من ذوى الشأن في القضايا الدستورية ، فلا يجوز
لها الطعن بعدم دستورية التشريعات على أسس أنها تشارك في وضعها
وعليها الدفاع عن سلامتها . هذا بالإضافة إلى أن المنازعة الثالثة - وهى تقوم
بين جهتين حكوميتين - تنلج تحت المنازعات التى تختص الجمعية العمومية
لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة - دون غيرها - بإبداء رأى المزمع
للجانين فيها عملا بالمادة ٦٦ فقرة (د) من قانون مجلس الدولة الصادر
بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

وحيث إن هذا الدفع مردود بأن الدستور بين على وجه التحديد المقصود
بالحكومة بما نص عليه في المادة ١٥٣ من أن " الحكومة هى الهيئة التنفيذية
والإدارية العليا للدولة وتتكون الحكومة من رئيس مجلس الوزراء ونوابه -

«والوزراء ونوابهم» وإذا كان هذا التعريف لا يدخل في ملوله الأزهر باعتباره الهيئة العلمية الإسلامية الكبرى التي أثبت لها القانون الشخصية المعنوية بما نص عليه صراحة في المادة السادسة من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر والهيئات التي يشملها من أن " يكون للأزهر شخصية معنوية عربية الجنس " ومن ثم فإن جامعة الأزهر - وهي إحدى هيئاته - لا ينطبق عليها معنى الحكومة على النحو الذى عناه المشرع في المادة ٣٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ والذي نص فيه على أن " تعتبر الحكومة من ذوى الشأن فى الدعاوى الدستورية " مستهدفا بذلك تمكينها من أن تقول كلمتها فى الطعون الموجهة إلى التشريعات التى تكون قد أصدرتها أو شاركت فى وضعها .

لما كان ذلك . وكانت هذه المحكمة - من ناحية أخرى - هى المختصة وحدها بنظر الدعوى الدستورية الماثلة إعمالا للمادة ١٧٥ من الدستور والمادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا المشار إليه - اللتين عقدتا لها دون غيرها ولاية الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح بما يتفق معه القول بأنها من المنازعات التى تختص بها الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع بمجلس الدولة - ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص يكون فى شقيه على غير أسس متعين الرضى .

وحيث إنه عما دفعت به الحكومة أيضا من عدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة تأسيسا على أن شيخ الأزهر هو الذى يملك وحده تمثيل جامعة الأزهر باعتباره من الهيئات التى يشملها الأزهر ، وأن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ بشأن إعادة تنظيم الأزهر لم يضيف على جامعة الأزهر شخصية اعتبارية تخولها حق التقاضى وتجزئ لرئيسها تمثيلها لدى المحاكم . فإنه إذ كانت -

المادة (٣٩) من القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦١ المشار إليه تنص على أن "يتولى إدارة جامعة الأزهر : (١) مدير جامعة الأزهر (رئيس جامعة الأزهر منذ العمل بالقانون رقم ٥١ لسنة ١٩٧٢) (٢) مجلس الجامعة .) كما تنص المادة ٤٢ منه على أن "يتولى مدير الجامعة إدارة شؤون الجامعة العلمية والإدارية والمالية، وهو الذى يمثلها أمام الهيئات الأخرى ... " فإن مؤدى ذلك أن القانون أسند إلى رئيس الجامعة صفة النيابة عنها في جميع صلاحتها بالهيئات الأخرى والتي تدخل في عمومها الهيئات القضائية، وما يتفرع عن هذه النيابة من أهلية التقاضى فيما يتعلق بتلك الصلات ومن بينها التعاقد على شراء معدات لكليات الجامعة وما قد ينشأ عنها من منازعات قضائية . وهو الحال الذى اقتضى اختصاص المدعى بصفته في الدعوى الموضوعية - وترتب على إثارة الدفع بعدم الدستورية فيها - إقامة المدعى بصفته للدعوى الماثلة ، ومن ثم فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة يكون على غير أسس .

وحيث إن الدعوى استوفت أوضاعها القانونية .

وحيث إن المدعى بصفته ينعى على نص المادة ٢٢٦ من القانون المدعى أنها إذ تقضى باستحقاق فوائد محدة القدر عن مجرد التأخر في الوفاء بالالتزام النقدي تكون قد انطلوت على مخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية التي أصبحت طبقا للمادة الثانية من الدستور " للمصدر الرئيسى للتشريع " . وذلك باعتبار أن تلك الفوائد تمثل زيادة في الدين يغير مقابل ، فهى الربا المتفق على تحريمه أخذا بقوله تعالى " وأحل الله البيع وحرم الربا " وهو من الأحكام الشرعية المقطوع بها ثبوتها ودلالة والتي أصبحت بموجب المادة الثانية من الدستور في مصاف القواعد القانونية الوضعية التي من شأنها نسخ ما كان سابقا عليها متعارضا-

- معها من نصوص التشريعات الوضعية نسخا ضمينا ، إذ صارت بذاتها واجبة الأعمال دون حاجة إلى صدور تشريع يقنتها .

وحيث إن القانون المدنى الصادر بالقانون رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ فى ١٦ يوليو سنة ١٩٤٨ والمعمول به ابتداء من ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ينص فى المادة ٢٢٦ منه - محل الطعن - على أنه " إذا كان محل الالتزام مبلغا من النقود ، وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين فى الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة فى المائة فى المسائل المدنية وحمة فى المائة فى المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها ، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهنا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

وحيث إنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية أصبحت تنص على أن " الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للشريع " بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى ١١ سبتمبر سنة ١٩٧١ على أن "الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية مصدر رئيسى للشريع " والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور سنة ١٩٢٣ وحتى دستور سنة ١٩٦٤ .

وحيث إن الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا - تستهدف أصلا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه . وسبيل هذه الرقابة التحقق من التزام سلطة التشريع بما يورد الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيد ومن ثم فإنه يستعين - عند الفصل فيما يثار فى شأن هذه التشريعات من مطاعن تستهدف -

"نقضى قرينة الدستورية - استظهار هذه الضوابط والقيود وتحديدتها وذلك للتعرف على مدى مخالفة تلك التشريعات لها .

وحيث إنه يبين من صيغة العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور - بعد تعديلها على نحو ما سلف - أن المشرع الدستوري أتى بقيد على السلطة المختصة بالتشريع قوامه إلزام هذه السلطة - وهي بصدد وضع التشريعات - بالالتجاء إلى مبادئ الشريعة لاستمداد الأحكام المنظمة للمجتمع ، وهو ما أشارت إليه اللجنة الخاصة بالإعداد لتعديل الدستور في تقريرها إلى مجلس الشعب والذي أقره المجلس بجلسته ١٩ يولية سنة ١٩٧٩ وأكدت اللجنة التي أعدت مشروع التعديل وقدمته إلى المجلس فناقشه ووافق عليه بجلسته ٣٠ أبريل سنة ١٩٨٠ إذ جاء في تقريرها عن مقاصد تعديل الدستور بالنسبة للعبارة الأخيرة من المادة الثانية بأنها " تلزم للمشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها ، فإذا لم يجد في الشريعة الإسلامية حكما صريحا ، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة والتي لا تخالف الأصول والمبادئ العامة للشريعة " .

ولما كان مفاد ما تقدم ، أن سلطة التشريع اعتبارا من تاريخ العمل بتعديل العبارة الأخيرة من المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - أصبحت مقيدة فيما تسنه من تشريعات مستحثة أو معلقة لتشريعات سابقة على هذا التاريخ، بمراعاة أن تكون هذه التشريعات متفقة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وبحيث لا تخرج - في الوقت ذاته - عن الضوابط والقيود التي تفرضها النصوص الدستورية الأخرى على سلطة التشريع في صدد الممارسة التشريعية . فهي التي يتحدد بها - مع ذلك القيد المستحدث - النطاق الذي -

-تباشر من خلاله المحكمة الدستورية العليا رقابتها القضائية على دستورية التشريعات . لما كان ذلك وكان إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على ما سلف بيانه لا ينصرف سوى إلى التشريعات التي تصدر بعد التاريخ الذي فرض فيه الإلزام بحيث إذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية يكون قد وقع في حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على ذلك التاريخ ، فلا يتأتى إنفاذ حكم الإلزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله ، أى في وقت لم يكن القيد المتضمن هذا الإلزام قائما واجب الأعمال ومن ثم ، فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن إعمال هذا القيد ، وهو مناط الرقابة الدستورية. ويؤيد هذا النظر ما أورته اللجنة العامة في مجلس الشعب بتقريرها المقدم بجلسة ١٥ سبتمبر سنة ١٩٨١ والذي وافق عليه المجلس من أنه " كان دستور سنة ١٩٧١ أول دستور في تاريخنا الحديث ينص صراحة على أن الشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع ، ثم عدل الدستور عام ١٩٨٠ لتكون الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع ، وهذا يعني عدم جواز إصدار أى تشريع في المستقبل يخالف أحكام الشريعة الإسلامية ، كما يعني ضرورة إعادة النظر في القوانين القائمة قبل العمل بدستور سنة ١٩٧١ وتعديلها بما يجعلها متفقة مع أحكام الشريعة الإسلامية " واستطرد تقرير اللجنة إلى أن " الانتقال من النظام القانوني القائم حاليا في مصر والذي يرجع إلى أكثر من مائة سنة إلى النظام الإسلامي المتكامل يقتضى الأنسة والتلقيق العملى ، ومن هنا . فإن تقنين المتغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي لم تكن مألوفة ، أو معروفة ، وكذلك ما جد في عالمنا المعاصر وما يقتضيه الوجود في المجتمع الدولي من صلات وعلاقات ومعاملات ، كل ذلك يستأهل الروية ويتطلب جهودا ، ومن ثم فإن تغيير -

«النظام القانوني جميعه ينبغي أن يتاح لوضعيه والقائمين عليه الفترة الزمنية المناسبة حتى تجمع هذه القوانين متكاملة في إطار القرآن والسنة وأحكام المجتهدين من الأئمة والعلماء » .

وحيث إن ما ذهب إليه المدعى من أن مقتضى تعديل المادة الثانية من الدستور هو جعل مبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية موضوعية واجبة الأعمال بذاتها ومن فورها على ما سبق هذا التعديل من تشريعات بما يوجب نسخ ما يتعارض منها مع تلك المبادئ . فإن هذا القول مردود بما سبق أن عرضت له المحكمة عن حقيقة المقصود من ذلك التعديل ، وهو أنه قيد استحدثه الدستور على سلطة المشرع في شأن المصادر التي يستقى منها أحكامه التشريعية وأنه لا يمكن إعماله إلا بالنسبة للتشريعات اللاحقة على فرضه دون التشريعات السابقة . كما ينقض القول ما تضمنته الأعمال التحضيرية لمشروع التعديل على ما سلف إيضاحه من أن المنوط به إعمال القيد المشار إليه هو السلطة المختصة بالتشريع ، بالإضافة إلى أن المشرع الدستوري لو أراد جعل مبادئ الشريعة الإسلامية من بين القواعد المدرجة في الدستور على وجه التحديد أو قصد أن يجرى إعمال تلك المبادئ بواسطة المحاكم التي تتولى تطبيق التشريعات دون ما حاجة إلى إفراغها في نصوص تشريعية محددة مستوفاة للإجراءات التي عينها الدستور ، لما أعوزه النص على ذلك صراحة ، هذا فضلا عن أن مودى ما يقول به المدعى من الإعمال المباشر لمبادئ الشريعة الإسلامية عن طريق تلك المحاكم لا يقف عند مجرد إهدار ما قد يتعارض مع هذه المبادئ - من التشريعات السابقة المنظمة للنواحي المدنية والجنائية والاجتماعية والاقتصادية بل إن الأمر لابد وأن يقتزن بضرورة تقصى المحاكم للقواعد غير المقتنة التي يلزم تطبيقها في المنازعات المطروحة عليها بدلا من النصوص -

ويتضح من هذه المادة أن الأصل أن يكون القرض سواء كان مدنيا أو تجاريا بلون فوائد . ولاستحق فوائد على القرض إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين الطرفين على ذلك . فلا يكفي أن يستتج ذلك الاتفاق استنادا إلى إرادة العاقدین الضمنية من عبارات العقد وظروف التعاقد^(١) .

وفي بعض الحالات ينص القانون على تحريم تقاضى فوائد عن القرض لاعتبارات تتعلق بحماية بعض الطوائف كالعامل . ومثل ذلك ما نصت عليه المادة ٤٠ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ من أنه : "لا يجوز لصاحب العمل أن يقتطع من أجر العامل أكثر من ١٠ ٪ وفاء لما يكون قد أقرضه من مال أثناء سريان العقد ولا أن يتقاضى أية فائدة ويسرى ذلك الحكم على الأجور المدفوعة مقدما " _ ويشمل هذا الحظر الفائدة الاتفاقية والفائدة القانونية ، وهذا النص أمر متعلق بالنظام العام . وقد هدف الشارع من حظر الحصول على الفائدة حماية العامل والحيلولة دون استغلاله .

النسخة مع ما قد يؤدي إليه ذلك من تناقض بين هذه القواعد ويجر إلى تهاتر الأحكام وزعزعة الاستقرار .

وحيث إن أعمال المادة الثانية من الدستور بعد تعديلها - على ما تقدم بيانه ، وإن كان موداه إلزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي لما يضعه من تشريعات بعد التاريخ الذى فرض هذا الإلزام بما يترتب عليه من اعتباره مخالفا للدستور إذا لم يلتزم بذلك القيد ، إلا أن قصر هذا الإلزام على تلك التشريعات لا يعنى إعفاء المشرع من تبعة الإبقاء على التشريعات السابقة - رغم ما قد قد يشوبها من تعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية" .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢١٥ وما بعدها .

غير أن محكمة النقض استنتت من هذا الحظر القروض التي تكون من الأعمال التي يمارسها صاحب العمل ، إذا كان العامل قد طلبها بمحض إرادته ، ومثل ذلك أن تكون المنشأة أحد البنوك التي تقوم بالإقراض. ولعلها استندت في ذلك ، إلى أن مثل هذه القروض يكون ملحوظا فيها علاقة العمل التي تربط صاحب العمل بالعامل مما يندفع به مظنة استغلال صاحب العمل للعامل^(١).

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" النص في المادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ - الذي يحكم واقعة الدعوى - على أنه " لا يجوز لصاحب العمل أن يقطع من أجر العامل أكثر من ١٠% وفاء لما يكون قد أقرضه من مال ولا أن يتقاضى عن هذا القرض أية فائدة " يدل على أن المشرع أجاز لأصحاب الأعمال إقراض العمال ، وأنه في سبيل التوفيق بين مصلحة العامل في قبض أجره بالكامل وبين حق صاحب العمل في التمسك بانقضاء الأجر مقاصة مع القرض ، وضع قيودا على طريقة الوفاء بما لا يرهق العامل كما حرم تقاضى فوائد على هذا القرض حماية للعامل ومنعا من استغلاله، ولم يقصد أن يقيد صاحب العمل في استغلال نشاطه أو أن يتنازل عن أرباحه منه للعامل متى أقبل هو بمحض رغبته على الشراء مما ينتجه

(١) راجع مولفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون العمل الجديد - المجلد الثاني ص ١٣١ وما بعدها .

صاحب العمل ولم يكن صاحب العمل هو الذى ألزمه بالشراء ، فإذا أقبل عامل بأحد البنوك على طلب قرض بمحض رغبته من هذا البنك ، والترم فى العقد بالفائدة التى يتقاضاها البنك من عملائه عن القروض التى هى من صميم أعماله ، فإن العامل يكون ملزما بالفائدة التى تمثل أرباح البنك من نشاطه ، ولا يمتد إليها الحظر المقرر بالمادة العاشرة من المرسوم بقانون رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ " .

(طعن رقم ٢٧٠ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٣/٥/١٩٧٠)

والملاحظ فى العمل أنه غالبا ما يشترط المقرض على المقترض دفع فوائد بسعر معين . ويثبت هذا الاتفاق طبقا للقواعد العامة ، وهى ذات القواعد التى تتبع فى إثبات القرض ذاته .

١٦٠- صور الفائدة :

تشترط الفائدة فى صور مختلفة منها :

١- اشتراط فائدة سنوية بنسبة مئوية من المبلغ . ولا تسرى الفائدة إلا من تاريخ تسلم مبلغ القرض إلا إذا كان التأخر فى تسلمه بخطأ من المقترض .

٢- اشتراط مبلغ إجمالى فوق القرض (زيادة على مبلغ القرض) تدفع فى نهاية القرض .

وتسمى هذه الزيادة (Prime de remboursement) وهذه الزيادة يجب أن تخضع للحد الأقصى للفائدة . فإذا عجل المقترض الرد قبل الميعاد لم يجب عليه من هذه الزيادة إلا ما يتناسب مع الوقت السابق على الرد .

٣- اشتراط رد القرض أقساطا سنوية متساوية ، يتضمن القسط الأول فوائد القرض كله عن السنة الأولى مع جزء بسيط من رأس المال. والقسط الثانى يشمل فوائد ما بقى من القرض مع جزء أكبر من رأس المال وتدرج الأقساط بحيث تقل فى كل عام نسبة ما يؤدى من الفائدة (مع ثبات سعرها) وتزيد نسبة ما يؤدى من رأس المال حتى يحل القسط الأخير فتكون الفائدة فيه على الجزء المتبقى من رأس المال مع سداد هذا الجزء نفسه^(١) .

١٦١- سعر الفائدة :

إذا اتفق الطرفان على أن يكون القرض بفائدة ، واتفقا على سعر الفائدة ، فإن هذا السعر هو الذى يسرى ، غير أنه يجب ألا يجاوز الحد الأقصى المسموح به قانونا وهو ٧% عملا بالمادة ٢٢٧ مدنى .
أما إذا اتفق الطرفان على استحقاق الفائدة دون تحديد سعرها ، فإن المقرض يلتزم بالسعر القانونى للفائدة وهو ٤% فى القروض المدنية و ٥% فى القروض التجارية (م ٢٢٦ مدنى) والسبب فى أن سعر الفائدة فى المسائل التجارية أكبر منه فى المسائل المدنية هو أن الأموال التى تستغل فى التجارة تربح أكثر من غيرها، كما أنها أكثر عرضة للضياع .
ويكون القرض تجاريا إذا كان معدا لاستغلال تجارى وعلى العكس يكون مدنيا إذا كان معدا لاستعمال غير تجارى^(٢) .

(١) الدكتور عيسى الدين علم الدين العقود المدنية الصغيرة الطبعة الثانية ص ٩٤ وما بعدها .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ٢١٩ .

وقد نصت المادة ٥٠ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩
(المعدل) على أن :

" تعتبر تجارية القروض التي يعقدها التاجر لشئون تتعلق بأعماله
التجارية" . وهذا النص تطبيق لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية التي وضع
القانون أسسها في المادة الثامنة منه ^(١).

وتكون عمليات البنوك تجارية أيا كانت طبيعة البنك أى سواء كان
من بنوك القطاع العام أو البنوك الاستثمارية . وتكون هذه العمليات
تجارية بصرف النظر عن طبيعة العمليات التي يتم التعامل عليها ، سواء
كانت هذه العمليات مدنية أو تجارية ، وسواء كان التعامل معها تاجرا أو
غير تاجر ، كما لو منح البنك قرضا لعملية مدنية كإنشاء مزرعة دواجن
أو إقامة منزل .

فقد نصت المادة ٣٠٠ من قانون التجارة الجديد على أن : "مع مراعاة
ما تقرره الفقرة الثالثة من المادة (٣٦١) من هذا القانون ، تسرى أحكام
هذا الباب على العمليات التي تعقدها البنوك مع عملائها تجارا كانوا أو
غير تجار وأيا كانت طبيعة هذه العمليات " ^(٢).

(١) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد - راجع مولفنا موسوعة الفقه

والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد المجلد الثاني ٢٠٠٢/٢٠٠٣ ص ١٩ .

(٢) راجع مولفنا المشار إليه المجلد الأول ص ١٢٨ .

وقد قضت محكمة النقض - فى ظل قانون التجارة الملقى - بأن :

" القروض التى تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملا تجاريا بطبيعته وفقا لنص المادة الثانية من قانون التجارة . أما بالنسبة للمقرض وإن اختلف الرأى فى تكييفها إذا لم يكن المقرض تاجرا أو إذا كان المقرض مخصصا لأغراض غير تجارية ، إلا أن محكمة النقض ترى اعتبار القروض التى تعقدها البنوك فى نطاق نشاطها المعتاد عملا تجاريا مهما كانت صفة المقرض وأيضا كان الغرض الذى خصص له القرض . ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة فى سبيل الحصول على الأموال التى يلقى بها حاجات المقرضين أعباء أكثر فداحة من المقرض العادى إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التى تتقاضى منه فوائد على متحمذ الفوائد غير مقيدة بالحظر الوارد فى المادة ٢٣٢ مدنى - على أساس أن المعاملة بين المصرفين وهى معاملة تجارية تدخل فى نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة ، وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير ، هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر فى القروض الطويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها فى وجوه أخرى غير القرض الذى يدر عليه أرباحا أكثر - وما يؤيد هذا النظر أن الشارع المصرى قد أصدر فى ظل القانون المدنى الجديد القانون رقم ١١٠ سنة ١٩٥٦ بإنشاء بنك الائتمان العقارى وأجاز لهذا البنك منح قروض طويلة الأجل لغير التجار ولغير أغراض تجارية - وهذه القروض تفترض بسبب طول أجلها تجاوز الفوائد لرأس المال- مما يفيد أن

المشروع قد خرج بهذه القروض عن نطاق الحظر المنصوص عليه في صدر المادة ٢٣٢ من القانون المدق وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بأنه قد اعتبر تلك القروض تجارية وتبعاً لذلك تخضع للقواعد والعادات التجارية التي تبيح تقاضى فوائد على متحمل الفوائد ومجازة مجموع الفوائد لرأس المال " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

(ذات المبدأ طعن رقم ٢٥٥ لسنة ٢٧ ق ذات الجلسة)

٢- " القروض التي تعقدتها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملاً تجارياً بطبيعته وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة وهي كذلك بالنسبة للمقترض مهما كانت صفته والقرض الذي خصص له القرض إلخ " .

(طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٥)

٣- " إذا كانت القروض التي تعقدتها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملاً تجارياً بطبيعته وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة كما أن هذه القروض - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تعتبر أيضاً عملاً تجارياً بالنسبة للمقترض مهما كانت صفته أو القرض الذي خصص له القرض، فإن هذه القروض تخرج عن نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة ٢٣٢ من القانون المدق ويحق بشأنها تقاضى فوائد على متحمل الفوائد ومجازة الفوائد لرأس المال " .

(طعن رقم ١٦٢٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٣/٣/٣١)

ولا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير ، فالمشرع افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس. **وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :**

" تنص المادة ٢٢٨ من القانون المدنى على أنه " لا يشترط لاستحقاق فوائد التأخير قانونية كانت أو اتفاقية أن يثبت الدائن أن ضررا لحقه من هذا التأخير " . ومفاد ذلك أن القانون افترض الضرر افتراضا غير قابل لإثبات العكس " .

(طعن رقم ٤٧٥ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٦/١١)

١٦٢- أثر تجاوز سعر الفائدة :

وضع الشارع حدا أقصى للفائدة حماية للطرف الضعيف في العقد (المقترض) من الاستغلال ، ومن ثم فإن هذا الحكم يكون متعلقا بالنظام العام. ويظل الاتفاق على تقاضى فائدة تزيد على هذا الحد بطلانا معلقا وبحق للمقرض استرداد الزائد على الحد المذكور .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويلتزم المقرض بدفع الفوائد ، والأصل أن يكون القرض بغير فائدة، إلا إذا حصل عليها اتفاق ، فيلتزم المقرض بدفعها في مواعيد استحقاقها. ولا يجوز أن تزيد الفائدة المتفق عليها على السعر الذى حدده القانون للفائدة الاتفاقية (٧% م ٣٠٥ من المشروع) . فإذا زادت أنقصت إلى هذا السعر ، وما دفعه المقرض زيادة يسترده، سواء دفع عن علم أو عن غلط " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١٩ وما بعدها .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن الشارع قد حرم زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وألزمه برد ما قبضه منها . ولما كان هذا التحريم مطلقا لا استثناء فيه ، وهو من النظام العام ، فإنه يكون واردا على الزيادة في الديون جميعا بلا تفرقة بينها ، سواء منها الديون ذات الفائدة المحققة والديون ذات الفائدة المحتملة . وإذا كان الاتفاق على مثل هذه الفوائد باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة بحال ، وكان لمن دفع تلك الفوائد حق استرداد الزائد منها على الحق القانوني، فإن تعرض المحكمة لنية المتعاقدين وقولها إن المدين لم يكن ينوي استرداد المدفوع منه زائدا على الفائدة القانونية يكون من الخطأ ، لأن هذه النية ، لو صح وجودها ، لا يمكن أن يكون لها تأثير في الاسترداد المقرر بحكم القانون " .

(طعن رقم ٩١، ٩٦ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٥/٥/١٧)

٢- " حصر الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدني زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم مقداره ٧% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها - مما موداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال " .

(طعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

وقد رصد قانون العقوبات جزاء جنائيا على كل من انتهر فرصة ضعف أو هوى نفس شخص وأقرضه نقودا بأى طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى المقرر للفوائد الممكن الاتفاق عليها قانونا هو الغرامة التى لاتزيد على مائتى جنيه (م ١/٣٣٩ عقوبات) .

فإذا ارتكب المقرض جريمة مماثلة للجريمة الأولى فى خمس السنوات التالية للحكم الأول تكون العقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ٢/٣٣٩ عقوبات) . كما يعاقب بالعقوبة الأخيرة كل من اعتاد على إقراض نقود بأى طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى للفائدة الممكن الاتفاق عليها قانونا .

وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن جريمة الاعتياذ على الإقراض بالربا الفاحش تتحقق بمجرد حصول قرضين مختلفين بفوائد تزيد على الحد الأقصى الممكن الاتفاق عليه قانونا .

إذ قضت الدائرة الجنائية بأن :

١- " تقع جريمة الاعتياذ على الإقراض بالربا الفاحش بمجرد حصول قرضين مختلفين بفوائد تزيد على الحد الأقصى الممكن الاتفاق عليه قانونا ولو لم يتم قبض الفوائد بالفعل متى توافرت الشروط الأخرى " .

(طعن رقم ٦٣ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٣١/١/٨)

٢- " يكفى لتوافر ركن العادة فى جريمة الاعتياد على الإقراض بالربا الفاحش وجود قرضين ربويين مختلفين ، ولو لشخص واحد، فى وقتين مختلفين إلخ " .

(طعن رقم ٢٤٥٢ لسنة ٦ ق جلسة ١٩٣٦/١٢/٧)

١٦٢- استثناء قروض البنوك من الحد الأقصى للفائدة :

أجاز الشارع فى المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرفى لمجلس إدارة ذلك البنك "تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها فى أى تشريع آخر " .

ومفاد ذلك أن الشارع استثنى العمليات المصرفية ومن بينها القروض من الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه فى المادة ٢٢٧ من القانون المدنى .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض فى عدة أحكام لها إذ قضت بأن :

١- " حرم الشارع بنص المادة ٢٢٧ من القانون المدنى زيادة فائدة الديون على حد أقصى معلوم ٧% ونص على تخفيضها إليه وحرم على الدائن قبض الزيادة وإلزامه برد ما قبضه منها - مما موداه أن كل اتفاق على فائدة تزيد على هذا الحد يكون باطلا بطلانا مطلقا لا تلحقه

الإجازة وذلك لاعتبارات النظام العام التي تستوجب حماية الطرف الضعيف في العقد من الاستغلال " .

(ب) - " أجاز الشارع في المادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ سنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى المصرى والجهاز المصرى لمجلس إدارة ذلك البنك " تحديد أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة على العمليات المصرفية حسب طبيعة هذه العمليات وآجالها ومقدار الحاجة إليها وفقا لسياسة النقد والائتمان دون التقيد بالحدود المنصوص عليها في أى تشريع آخر " وهوما يدل على اتجاه قصد الشارع إلى استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية المنصوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدنى، ولكنه لم يشأ مسايرة بعض التشريعات الأجنبية فيما ذهب إليه من إلغاء هذا القيد كلية ، فرخص لمجلس إدارة البنك المركزى فى تحديد أسعار الفوائد التي يجوز للبنوك أن تتعاقد في حدودها بالنسبة لكل نوع من هذه العمليات وذلك وفقا لضوابط تنسم بالمرونة وتمشى مع سياسة النقد والائتمان التي تقرها الدولة في مواجهة ما يجد من الظروف الاقتصادية المتغيرة " .

(ج) - " إنه وإن كان الترخيص المشار إليه قد صدر لمجلس إدارة البنك المركزى في إطار المادتين الأولى والسابعة من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ اللتين تمنحان للبنك المركزى سلطة تنظيم السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية والإشراف على تنفيذها وفقا للخطة العامة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية طبقا للسياسة العامة للدولة إلا أن ذلك لا يعنى

أن القرارات التي يصدرها مجلس إدارة البنك المركزي استناداً إلى الفقرة (د) من المادة السابعة المشار إليها، وتتضمن رفعاً لسعر الفائدة الذي يجوز للبنوك التعاقد عليها في عملياتها المصرفية تعتبر من قبيل القواعد المتعلقة بالنظام العام التي تسرى بأثر مباشر على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها ، ذلك أن الأصل في استحقاق الفوائد الاتفاقية هو اتفاق الدائن مع المدين ، فإذا اتفق الطرفان على سعر معين فلا يجوز للدائن أن يستقل برفعه، ويبين من النص المشار إليه أن الشارع ألزم هذا الأصل ، إذ تدل صياغته على أن الشارع قصد سريان الأسعار الجديدة على العقود التي ترميها البنوك بعد العمل بهذه الأسعار ، مما موداه أن تظل العقود السابقة محكومة بالأسعار المتفق عليها فيها وخاضعة للقوانين التي نشأت في ظلها وهو ما التزم به القرارات الصادرة من مجلس إدارة البنك المركزي في هذا الشأن حيث نصت القاعدة الثامنة من القواعد العامة التي تصدرت كتاب البنك المركزي الصادر في أول يوليو سنة ١٩٧٩ بأسعار الخدمات المصرفية الموحدة على أن " تسرى هذه الأسعار على العقود والعمليات التي أبرمت في ظلها، أما بالنسبة للعمليات القائمة التي أبرمت قبل صدورها فإن العبرة بما تم عليه التعاقد أى أن العقود تظل محكومة بالأسعار التي كانت سارية وقت التعاقد" كما تضمنت قرارات البنك المركزي الأخرى التي صدرت استناداً إلى الفقرة (د) المشار إليها بندا يقضى بسريان الأسعار الواردة بها على العقود

الجديدة والعقود المحددة والعقود القائمة في حالة سماحها بذلك وهو ما يؤكد أن قصد الشارع لم يتصرف إلى سريان الأسعار المرتفعة الجديدة تلقائياً على ما يستحق في ظلها من فوائد العقود السابقة على العمل بها، لما كان ذلك وكانت العلاقة بين البنوك وعمالها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة ، فإن قرارات البنك المركزي المشار إليها لا تعتبر على إطلاقها من قبيل القواعد القانونية المتعلقة بالنظام العام ولا يترتب البطلان على مخالفتها فيما تعقده البنوك مع عملائها من عقود مصرفية إلا إذا جاوز سعر الفائدة المتفق عليه بها الحد الأقصى الذى تحدده تلك القرارات إذ يجرى عليها في هذه الحالة ذات الحكم المقرر بالنسبة لتجاوز الحد الأقصى للفوائد المنصوص عليه في المادة ٢٢٧ من القانون المدنى ، اعتباراً بأن الحد الأقصى المقرر للفائدة التى يجوز الاتفاق عليها قانوناً هو - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- مما يتصل بقواعد النظام العام " .

(د) - " مؤدى ما تقدم أن العقود السابقة على العمل بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ تبقى بعد نفاذه محكمة بما تضمنته نصوصها وخاضعة للقانون الذى نشأت في ظله ما لم يتفق أطرافها على تعديل سعر الفائدة طبقاً للقرارات الجديدة ، ولا يغير من ذلك أن يكون متفقاً بهذه العقود على تحويل البنك الدائن رخصة رفع السعر المتفق عليه فيها دون حاجة لموافقة مجمدة من المدينين ، لأن هذا الاتفاق يكون قد انعقد مقيداً بالحد

الأقصى للفائدة الذى كان معمولاً به وقت العقد ، فلا يستطيع البنك الدائن أن يرفع بإرادته المنفردة سعر الفائدة فى ظل القرارات الجديدة إلى ما يجاوز هذا الحد " .

(طعن رقم ١٦٠٧ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٢٧)

٢- (أ) - " المقرر - فى قضاء محكمة النقض - أن أسعار الخصم وأسعار الفائدة الدائنة والمدينة التى يحددها مجلس إدارة البنك المركزى على العمليات المصرفية عملاً بالمادة السابعة فقرة (د) من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ بشأن البنك المركزى والجهاز المصرفى تسرى على العقود والعمليات التى ترم أو تجدد فى ظل سريان هذا القانون وكذا العقود والعمليات السابقة فى حالة سماحها بذلك " .

(ب) - " المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة بما موداه أن النص فى العقود التى ترم معهم على تحويل البنك الدائن رخصة رفع سعر الفائدة المتفق عليها دون حاجة لموافقة مجمدة من المدين وذلك طبقاً لما يصدره البنك المركزى من قرارات ثم قيام البنك المقرض بتعاطى هذه الرخصة ليس معناه أن تعديل سعر الفائدة بالزيادة فى هذه الحالة راجعاً إلى محض إرادة الدائن وحده بل هو نتيجة لتلاقى كامل إرادة طرفى القرض على تعيين سعر الفائدة بما يحدده البنك المركزى من حد أقصى وفقاً لما يجد من عموم متغيرات الظروف الاقتصادية بما يكفل صالح الاقتصاد القومى فى

مجموعه بغض النظر عن المصلحة الفردية التي قد تعود على المقرض من استثمار مبلغ القرض وما يحققه له ذلك من عائد ونسبته " .

(طعن رقم ٣٣٢١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٦/١١/٧)

٣- "استثناء العمليات المصرفية من قيد الحد الأقصى للفائدة الاتفاقية. عدم إلغاء هذا الحد كلية. الترخيص لمجلس إدارة البنك المركزي في تحديد أسعار الفوائد التي يجوز للبنوك التعاقد في حدودها على العمليات المصرفية ق ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ . سريان الأسعار على العقود والعمليات التي تبرم أو تجدد في ظل هذا القانون سريانها على العقود السابقة على صدوره. شرطه " .

(طعن رقم ٣٠٤٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٨/١٠/٢٩)

٤- " العلاقة بين البنوك وعمالها . خضوعها لمبدأ سلطان الإرادة. قرارات البنك المركزي . ليست على إطلاقها من القواعد المتعلقة بالنظام العام . مؤداه خضوع عقود البنوك مع عمالها لهذه القواعد في حالة تجاوز سعر الفائدة للحد الأقصى لهذه القرارات " .

(طعن رقم ٨٧٩ لسنة ٦٨ ق جلسة ٢٠٠٠/٦/٦)

وقد علق اتحاد الصناعات المصرية على هذا النص بأن: " فرض السعر الذي يتعامل به البنك المركزي لم يعد قيما على البنوك بل تم تحريرها منه وأعطيت للبنوك حرية تحديد العائد . وحتى لو كان سعر البنك المركزي ملزما فلماذا جاء بالنص " ما لم يتفق على مقابل أقل " بينما قد يتفق على مقابل أكبر وهذا جائز أيضا " .

١٦٤- علم جواز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد :

تنص المادة ٢٣٢ مدق على أنه : " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " .

لهذا النص يحظر مسألتين :

الأولى : تقاضى فوائد على متجمد الفوائد . وهو ما يطلق عليه الفوائد المركبة . وهى تعنى ضم الفوائد المتجمدة إلى رأس المال واحتساب الفوائد على رأس المال الجديد . وهى كبيرة الخطر على المدين فبمقتضاها يـزيد قدر الدين زيادة سريعة ، فيتضاعف الدين مثلا فى نحو أربع عشرة سنة باحتساب الفائدة المركبة على أساس ٥% سنويا فضلا عن أنها تغرى المدين على الاستئذنة إذ لا يجد نفسه مضطرا لدفع الفوائد من وقت لآخر^(١) .

والثانية : أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . ذلك أنه وجد من المصلحة أن يحال بين الدائن واستغلال المدين باقتضاء فوائد تجاوز مقدار الدين نفسه ، وبحسب الدائن أن يكون قد اقتضى فوائد تعادل رأسماله^(٢) .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٢٢ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٥٩٧ .

غير أن المادة استثنت من حكمها ما تقضى به القواعد والعادات التجارية^(١).

وقد جرى العرف التجارى على احتساب الفوائد المركبة على مدفوعات الحساب الجارى وقد أكدت ذلك الفقرة الثانية من المادة ٣٦٦ من قانون التجارة الجديد بقولها :

" لا يجوز حساب عائد على العوائد إلا إذا كان الحساب جاريا بين بنك وشخص آخر " ومقاد هذا النص أنه إذا كان الحساب جاريا بين تاجرين مثلا فلا يجوز حساب عائد على العوائد.

وسواء كان العائد لصالح البنك أو لصالح العميل أو كليهما ، وشرط ذلك أن يقطع الحساب على فترات يحددها الاتفاق أو العرف ، كل سنة أو كل ستة أشهر أو كل شهر ، فيستخرج الرصيد الموقت ويرحل إلى الحساب الذى يستأنف سيره من جديد .

ويجوز أن يكون مجموع العوائد التى يتقاضاها البنك أكثر من رأس المال^(٢).

(١) راجع فى المقصود بالقواعد والعادات التجارية مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء

فى قانون التجارة الجديد المجلد الأول وما بعده بنود (١٢ وما بعده) .

(٢) راجع مؤلفنا المشار إليه المجلد الثانى بند (٨٣٣) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لم يكن القانون المدق القلم يحول دون تقاضى الفوائد إذا تجاوز مجموعها رأس المال ولا تقاضى فوائد على متجمد الفوائد مادامت مستحقة لمدة سنة أو تزيد . إلا أن نص المادة ٢٣٢ من القانون المدق استحدث حكما جديدا موداه أن المشرع قد حظر أمرين أولهما منع تقاضى فوائد على متجمد الفوائد وثانيهما منع تجاوز الفوائد لرأس المال . وقد أخرج من هذا الحظر ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، وهذه القواعد لاتسود إلا في نطاق المعاملات التجارية " .

(طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ ق جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧)

٢- " مفاد المادتين ٢٣٢، ٢٣٣ من القانون المدق أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية، كما أقر ما جرى عليه العرف بتجميد الفوائد في الحساب الجارى " .

(طعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٤/٢)

٣- " مفاد المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدق أن المشرع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى من تجميد الفوائد في الحساب الجارى وترك أمر تحديدها لما يقضى به العرف " .

(طعن رقم ٣٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦٤/١٢/٣)

٤- " لما كانت المادة ٢٣٢ من القانون المدنى تنص على " لا يجوز تقاضى فوائد على متحمل الفوائد ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال وذلك كله دون إدخال بالقواعد والعادات التجارية " كما تنص المادة ٢٣٣ على أن الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى مما مفاده أن القانون وإن حظر تقاضى فوائد على متحمل الفوائد كما منع تجاوز الفوائد لرأس المال إلا أنه أخرج من هذا الحظر - وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض - ما تقضى به القواعد والعادات التجارية . كما أقر ما جرى عليه العرف التجارى بتحميد الفوائد فى الحساب الجارى " .

(طعن رقم ١٤٩ لسنة ٣٣ فى جلسة ١٩٦٨/٣/٥)

٥- " لما كان الحساب الجارى مما له من طابع شخصى يقفل بوفاة العميل وتزول عنه صفته مما لا يجوز معه طبقا للمادة ٢٣٢ من القانون المدنى تقاضى فوائد مركبة عن رصيده إلا إذا ثبت وجود عادة تقضى بذلك وهو ما لم يثره الطاعن أمام محكمة الموضوع ، كما تسرى على الرصيد بعدما أصبح دينا عاديا محدد المقدار وحال الأداء الفوائد القانونية لا الفوائد الاتفاقية التى خلا العقد من الاتفاق على سريانها بعد قفل الحساب الجارى ، وهو ما استخلصته المحكمة من واقع الاتفاق فى حدود

سلطانها الموضوعية ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد التزم هذا النظر فإن النعى عليه يكون في غير محله " .

(طعن رقم ٣٧١ ، ٤٠١ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٣/٥/١٩٧٤)
٦- " مفاد نص المادتين ٢٣٢ ، ٢٣٣ من القانون المدنى أن المشرع قد حرم تقاضى الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية ، كما أقر ما جرى عليه العرف من تجميد الفوائد داخل الحساب الجارى " .

(طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٩/٣/١٩٧٦)
٧- " النص فى المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى على أنه " لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ... وذلك دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية " والنص فى المادة ٢٣٣ منه على أن " الفوائد التجارية التى تسرى على الحساب الجارى يختلف سعرها القانونى باختلاف الجهات ويتبع فى طريقة حساب الفوائد المركبة فى الحساب الجارى ما يقضى به العرف التجارى " . ومفاد هذين النصين أن الشارع قد حرم الفوائد المركبة واستثنى من ذلك ما تقضى به القواعد والعادات التجارية " .

(طعن رقم ٧٣٩ لسنة ٤٨ ق جلسة ٣٠/٣/١٩٨١)
وقد قضت محكمة النقض بأن عقد البيع الذى يرمه البنك مع الغير هو عقد مدنى بطبيعته ومن ثم يسرى عليه الحظر سالف الذكر .

إذ ذهبت إلى أن :

" متى كان عقد البيع الذى أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدنى بطبيعته ، فإن باقى ثمن الأطنان المبيعة المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى ولا يخضع للقواعد والعادات التجارية التى تبيع تقاضى فوائد على متحمّد الفوائد ومجاورة الفوائد لرأس المال وذلك ابتداء من تاريخ العمل بالقانون المدنى فى ١٩٤٩/١٠/١٥ ولا محل للتحدى بأن القروض طويلة الأجل التى تعقدها البنوك يسرى عليها الاستثناء سالف الذكر ولو تمت لصالح شخص غير تاجر ، ذلك أن هذه القروض إنما تخرج عن نطاق الحظر المذكور - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لأنها تعتبر عملاً تجارياً مهماً كانت صفة المقترض وأيا كان الغرض الذى خصص له القرض وهو الأمر الذى لا يتوافر فى الدين موضوع النزاع على ما سلف البيان " .

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٧٥/٢/١٨)

١٦٥- استحقاق الفوائد التأخيرية ولو لم يتفق على فائدة للقرض :

إذا حل ميعاد رد القرض ولم يتم المقترض برده فى الميعاد ، فإنه تستحق عليه فوائد تأخيرية طبقاً للقواعد العامة بواقع ٤% فى القروض المدنية و ٥% فى القروض التجارية ، ما لم يكن متفقاً بين الطرفين على فائدة أخرى بحيث لا تتجاوز الحد الأقصى للفائدة ، علماً ما استثنى . وتستحق فوائد التأخير ولو كان القرض أصلاً على سبيل التبرع .

وتحسب هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية وسواء حدث ضرر للدائن أو لم يحدث . عملا بالمادة ٢٢٦ مدق التي تجرى على أن : " إذ كان محل الالتزام مبلغا من النقود وكان معلوم المقدار وقت الطلب وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزما بأن يدفع الدائن على سبيل التعويض عن التأخر فوائد قدرها أربعة في المائة في المسائل المدنية وخمسة في المائة في المسائل التجارية . وتسرى هذه الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية بها، إن لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره " .

وإعمالا للاستثناء المنصوص عليه بالمادة وبما جرى عليه العرف التجارى والعادات التجارية ، نصت المادة ٦٤ من قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) على أن : " يستحق العائد عن التأخير في الوفاء بالديون التجارية بمجرد استحقاقها ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك ... إلخ " .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من القانون المدق هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة القضائية بها ما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها أو ينص القانون على غير ذلك " .

(طعن رقم ١٤٠٠ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٩٣/١/٢٠)

٢- " الأصل طبقا للمادة ٢٢٦ من التقنين المدق - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- هو سريان الفوائد القانونية من تاريخ المطالبة

القضائية بهما لم يحدد الاتفاق أو العرف التجارى تاريخا آخر لسريانها
أو ينص القانون على غير ذلك " .

(طعن رقم ٣٢٦٣ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٣)

١٦٦. استحقاق تعويض تكميلي طبقا لقواعد العامة :

تقضى القواعد العامة المنصوص عليها في المادة ٢٣١ من التقنين المدنى
بأنه يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى عن تأخير الوفاء بالدين إذا
أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد تسبب فيه المدين بسوء نية .
إذ تجرى هذه المادة على أن :

" يجوز للدائن أن يطالب بتعويض تكميلى يضاف إلى الفوائد ، إذا
أثبت أن الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء النية " .
ومن ثم فإنه يشترط لاستحقاق التعويض التكميلى توافر شرطين :
الشرط الأول :

إحداث ضرر استثنائى بالدائن ، لا يكون هو الضرر المألوف الذى
ينجم عادة عن مجرد التأخر فى وفاء المدين بالتزامه : مثل ذلك أن يكون
المدين عالما بأن الدائن ارتبط بالتزام يعتمد فى الوفاء به على استيفائه لحقه
من المدين فإن لم يستوف هذا الحق كان معرضا لإجراءات شديدة من
دائنيه قد تصل إلى حد شهر الإفلاس ، أو يكون المدين عالما بأن أمام
الدائن صفقة رابحة اعتمد فى إبرامها على استيفاء حقه ففاته الصفقة

بسبب تأخر المدين في الوفاء بالتزامه . ففي الحالة الأولى أصاب الدائن خسارة فادحة ، وفي الحالة الثانية فاته ربح كبير ^(١).

الشرط الثاني :

سوء نية المدين : فلا يكفي حدوث الضرر الاستثنائي على النحو المتقدم الذكر ، بل يجب أن يكون المدين سئى النية في عدم الوفاء بالتزامه . وبمجرد علمه بالضرر الاستثنائي لا يكفي لثبوت سوء نيته ، بل يجب أيضا أن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحدث ذلك لدائته من الضرر ^(٢).

والدائن هو الذى يقع على عاتقه عبء إثبات توافر الشرطين سالفى الذكر ، فإذا أفلح في الإثبات ثبت له الحق في التعويض التكميلي . وهذا التعويض يجرى في شأنه قواعد التقدير القضائي للتعويض ويقاس بمقدار ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من ربح .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١ - " تأخير المدين في الوفاء بالدين لا يستوجب أكثر من إلزامه بالفائدة القانونية ما لم يثبت أن هذا التأخير كان بسوء نية المدين وترتب عليه إلحاق ضرر استثنائي بالدائن وذلك وفقا للمادة ٢٣١ من القانون

(١) الدكتور عبد الرزاق السنهورى الوسيط في شرح القانون المدنى الجزء الثانى

المجلد الثانى طبعة نادى القضاة ١٩٨٢ ص ١٢١٤ وما بعدها .

(٢) عبد الرزاق السنهورى ص ١٢١٥ .

المدنى التى جاءت تطبيقا للقواعد العامة وتقينا لما جرى عليه القضاء فى ظل القانون الملغى. وإذن فمضى كان الحكم المطعون فيه ألزم الطاعنة بالدين على أساس سعر الدولار يوم الاستحقاق وبالفارق بين السعر يوم صدور الحكم الابتدائى علاوة على فوائد التأخير بمثابة تعويض عن التأخير فى الوفاء دون أن يستظهر سوء نية الطاعن فإنه يكون مشوبا بالقصور".

(طعن رقم ١٠٥ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٦١/٦/٢٢)

٢- " مفاد نص المادة ٢٣١ من القانون المدنى أنه يشترط للحكم بالتعويض التكميلى بالإضافة إلى الفوائد أن يقيم الدائن الدليل على توفر أمرين أولهما حدوث ضرر استثنائى به لا يكون هو الضرر المألوف الذى ينجم عادة من مجرد التأخير فى وفاء المدين بالتزامه وثانيهما سوء نية المدين بأن يكون قد تعمد عدم الوفاء بالتزامه وهو عالم بما يحده ذلك لدائته من الضرر، وإذ كان الثابت أن الطاعنين لم يقدموا لمحكمة الموضوع الدليل على قيام هذين الأمرين ، كما لم يطلبوا سلوك طريق معين لإثبات توافرها فإن الحكم المطعون فيه إذا لم يقض لهم بالتعويض التكميلى يكون صحيحا فى القانون " .

(طعان رقما ٤٧٥ ، ٤٨٧ لسنة ٣٩ ق جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠)

وكانت المادة ٦٤ من قانون التجارة الجديد- كما وردت بمشروع القانون- تتضمن فقرة ثانية تنص على أنه : " للدائن حق المطالبة بتعويض تكميلى يضاف إلى العائد عن التأخير دون حاجة لإثبات أن الضرر الذى

يجاوز هذا العائد قد تسبب فيه المدين بغش أو بسوء نية " - فكانت هذه الفقرة تعفى الدائن من إثبات تسبب المدين في ذلك الضرر بغش أو بسوء نية إذا كانت تقتضيهما فرضا ، أى أن هذه الفقرة كانت تتضمن خروجاً على القواعد العامة المنصوص عليها في المادة (٢٣١ مدن) ولذلك رأى مجلس الشعب حذف الفقرة المذكورة وأصبح النص السارى هو نص المادة ٢٣١ مدن .

(ب) - السبب:

١٦٧- هو الباعث الدافع إلى التعاقد :

السبب طبقاً للنظرية الحديثة ، هو الباعث الدافع إلى التعاقد . ويجب أن يكون السبب مشروعاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب . ويفترض هذا السبب إذا لم يذكر في العقد ، كما يفترض أنه هو السبب الحقيقي وأنه سبب مشروع وذلك حتى يثبت العكس أى أن على من يدعى العكس أن يثبته .

وبالترتيب على ذلك يقع القرض باطلاً إذا كان القصد منه تأييت بيت للدعارة أو إذا كان القصد منه إقامة علاقة غير مشروعة مع سيدة وكان المقترض يعلم أو من المفروض عليه أن يعلم بذلك .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"نصت المادة ١٣٧ من القانون المدنى على أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ، ما لم يقم الدليل على غير

ذلك ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للاتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه ومودى ذلك أن القانون وضع قرينة قانونية يفترض بمقتضاها أن للعقد سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب ، فإن ذكر في العقد فإنه يعتبر السبب الحقيقي الذى قبل المدين أن يلتزم من أجله فإذا ادعى المدين عدم مشروعية السبب ، فإن عبء إثبات ذلك يقع على عاتقه ، أما إذا كان دفاعه مقصوراً على أن السبب المذكور بالعقد هو سبب صورى فعليه أن يقدم للمحكمة الدليل القانونى على هذه الصورية ، وبذلك ينتقل عبء إثبات أن للعقد سبباً آخر مشروعاً إلى عاتق المتمسك به . وإذن فمضى كان الطاعنان لم يقدموا الدليل على صورية السبب المدون في السندات موضوع الدعوى ، وكانت المحكمة قد رأت في حدودسلطتها الموضوعية أن القرائن التى ساقها الطاعنان ليستدل بها على عدم مشروعية سبب الدين غير جدية وغير كافية لإضعاف الدليل الذى قدمه المطعون عليه وهو إثبات قرضه بسندات إذنية ثابت بها أن قيمتها دفعت للمفلس أو لضماناته وأن هذه القرائن لا تهر لإجابة الطاعنين إلى طلب إحالة الدعوى على التحقيق فإنها لا تكون قد عاقلت مقتضى المادة ١٣٧ من القانون المدنى .

(طعن رقم ٤٠٦ لسنة ٢١ ق جلسة ١٩٥٣/٤/٢)

٢- " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٣٧ من القانون المدنى أنه إذا ذكر فى سند الدين أن قيمته دفعت نقدا ، ثم قام الدليل على انتفاء القرض ، فإن على الدائن أن يقيم الدليل على أن للسند سببا حقيقيا مشروعا " .

(طعن رقم ٢٧ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧١/٦/٢٤)

وطبقا للنظرية التقليدية كان السبب فى القرض هو تسليم المقرض الشئ المقرض .

وقد ذهب البعض - فى ظل هذه النظرية- إلى أن التسليم - وهو ركن مستقل فى عقد القرض العيى - إذا انعدم لم ينعقد القرض ، لا لانعدام ركن السبب بل لانعدام ركن التسليم . على أن هذه النظرية التقليدية ، بعد أن أصبح عقد القرض عقدا ملزما للمحانيين فى التقنين المدنى الجديد ، تجعل سبب التزام المقرض برد مبلغ القرض هو التزام المقرض بنقل ملكيته ، وأنه يجب استبعاد هذه النظرية الآن ^(١) .

وقد أخذت محكمة النقض فى ظل التقنين المدنى القديم بالنظرية التقليدية للسبب إذ قضت بتاريخ ٣ نوفمبر سنة ١٩٣٢ فى الطعن رقم ٣٣ لسنة ٢٢ بأن :

" السبب القانونى فى عقد القرض هو دفع المقرض نقودا إلى المقرض ، ومن هنا الدفع يتولد الالتزام برد المقابل . فإذا انتفى السبب بهذا المعنى بطل العقد " .

(١) السنهاورى الجزء الخامس طبعة سنة ١٩٨٧ ص ٥٨ .

إلا أن القضاء أخذ بعد ذلك بالنظرية الحديثة.
فقضت محكمة الاستئناف المختلطة^(١) بأن عقد القرض يكون باطلا
إذا قصد المقرض منه أن يتمكن من المقامرة وكان المقرض عالما بذلك.
١٦٨- إثبات عقد القرض :
راجع بند (١١) الوارد في عقد الوديعة .

(١) استئناف مختلط ٢٥ فبراير سنة ١٨٩٧ مشار إليه في السهوري ص ٥٦٠

(ثالثا : شروط الصحة)
(الأهلية وعيوب الرضا)

(أ) - الأهلية :

١٦٩- (١) - أهلية المقرض :

إذا كان القرض بغير فائدة ، وجب أن تتوافر في المقرض أهلية التبرع لأنه ينقل ملكية الشيء دون مقابل .

أما إذا كان القرض بفائدة فإنه يجب أن تتوافر في المقرض أهلية التصرف . وعلى ذلك يكون القرض الذى يعقده ناقص الأهلية بدون فائدة باطلا لأنه ضار به ضررا محضا ، ويكون القرض الذى يعقده بفائدة قابلا للإبطال لأنه تصرف دائر بين النفع والضرر .

ويجوز للأب والجد أن يقرضا مال القاصر بغير فائدة لأداء واجب إنسانى أو عائلى بإذن المحكمة (م ٥ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) . ولهما أن يقرضا مال الصغير بفائدة بإذن من المحكمة (م ٩ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

ويجوز للوصى والقيم إقراض مال القاصر أو المحجور بفائدة بإذن المحكمة (م ٣٩ ، ٧٨ من المرسوم بقانون المشار إليه) .

١٧٠- (٢) - أهلية المقرض :

يشترط في المقرض أن يكون أهلا للتصرف سواء كان القرض بفائدة أو بدون فائدة ، إذ يترتب على القرض انتقال مال إليه في مقابل رد مثله .

وبالتالي لا يجوز لتاقتص الأهلية أو من في حكمه أن يقتض حتى ولو كان ماذوننا في إدارة أمواله وكان له بالتالي أن يلتزم في حدود أعمال الإدارة^(١) ، وإلا كان القرض قابلا للإبطال .

وللأب أن يقتض باسم القاصر بغير إذن المحكمة لأن المشرع أجاز له التصرف في مال القاصر دون أن يحتم عليه الحصول على إذن من المحكمة للاقتراض .

(م من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢) .

أما الجد فيقتض باسم القاصر ولكن بإذن المحكمة (م ١٥ من المرسوم بقانون المشار إليه) .

وللوصى والقيم أن يقتضا باسم القاصر أو المحجور عليه بإذن المحكمة (م ٣٩ ، م ٧٨ من المرسوم بقانون المشار إليه) .

(ب) - عيوب الإرادة :

١٧١- تطبيق القواعد العامة :

عيوب الإرادة في عقد القرض ، هي ذات عيوب الإرادة في العقود الأخرى والمقررة في القواعد العامة . وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال^(٢) .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ١٨٧ .

(٢) محمود جمال الدين زكى ص ١٨٦ - محيى الدين علم الدين ص ٨١ .

ويرى البعض أن أحكام الفوائد تفي عن الاستغلال في عقد القرض ،
إذ لا يجوز للمقرض أن يشترط فائدة تزيد على الحد الأقصى الذي يسمح
به القانون وهو ٧%^(١).

(٢) السنهوري ص ٥٤٧ وما بعدها .

(آثار القرض)

موضوع رقم (١٥)

(التزامات المقرض)

(الالتزام الأول)

(تسليم النقود أو الشيء المقرض)

١٧٢. مضمون الالتزام بالتسليم :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٥٣٩ مدني على أن : " يجب على المقرض أن يسلم الشيء موضوع العقد إلى المقرض ، ولا يجوز له أن يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض " .

فتسليم النقود أو الشيء المقرض - كما ذكرنا سلفا - لم يصبح ركنا من أركان عقد القرض - كما كان الحال في القانون المدني القديم - إنما هو التزام من الالتزامات الناشئة عن عقد القرض يقع على عاتق المقرض .

ومن ثم فإن المقرض يلتزم بتسليم النقود أو الشيء محل القرض إلى المقرض .

والتسليم يرد على النقود المحددة بعقد القرض ، وعلى الأشياء المثلية محل القرض بالمقدار والنوع والصفة المبينة بالعقد .

فإذا لم يحدد صنف في عقد القرض التزم المقرض بأن يسلم الشيء من صنف متوسط . وتنطبق على التسليم أحكام تسليم المبيع لأنه فرع عن

الالتزام بنقل الملكية . ويتم بأن يضع الشئ تحت تصرف المقرض في الزمان والمكان المعينين .

وقد سبق أن أوردنا أحكام التسليم في عقد البيع عند تناول عقد الوديعة فتحيل إليها في ذلك (راجع بند ١٨) .

ونشير هنا إلى أنه إذا امتنع المقرض عن التسليم ، كان للمقرض إجباره عن طريق التنفيذ العيني والمطالبة بالقوائد التأخيرية طبقا للقواعد العامة . كما يكون له طلب فسخ العقد .

ولتظهر مصلحة المقرض في الفسخ إلا إذا كان القرض بفائدة .

١٧٢- تبعة هلاك الشئ المقرض:

تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٣٩ مدنى على أن : " وإذا هلك الشئ قبل تسليمه إلى المقرض كان الهلاك على المقرض " .

فإذا كان محل القرض مبلغا من النقود ، فإنه لا يتصور أن يلحقه الهلاك ، لأن المقرض يصبح بموجب عقد القرض مدينا بتسليم هذا المبلغ من النقود إلى المقرض ، والنقود لا يتعين قبل التسليم .

وإنما يرد الهلاك على الأشياء المثلية فإذا كان محل القرض شيئا مثليا وتعين بالإفراز وانتقلت ملكيتها بالتالى إلى المقرض ، ولكنها هلكت في يد المقرض بسبب أجنبى فإنها تهلك على المقرض ، ويعمل هذا الحكم بأن الهلاك يودى إلى استحالة قيام المقرض بتنفيذ التزامه فينفسخ العقد لاستحالة تنفيذه ويسترد ملكية الشئ فيهلك عليه ^(١) .

(١) محي الدين علم الدين ص ٨٥ وما بعدها .

أما إذا هلك الشئ بعد التسليم كان الهلاك على المقرض .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وقد جعلت تبعة الهلاك قبل التسليم على المقرض كما فى البيع أما بعد التسليم فالهلاك على المقرض " (١).

(الالتزام الثانى) (نقل ملكية النقود أو الشئ المقرض)

١٧٤- مضمون الالتزام :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى ينص فى الفقرة الأولى من المادة ٧٢٣ منه التى أصبحت برقم (٥٣٩) على أنه :

" يجب على المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية الشئ الذى أقرضه وأن يسلمه إياه ، ولا يجوز له أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض "

وفى لجنة المراجعة اقترح حذف النص على الالتزام بنقل الملكية لسبق ذكره فى المادة السابقة " . فوافقت اللجنة على ذلك .

والمادة المشار إليها (م ٥٣٨) تنص على أن :

" القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثل آخر " (٢) - أى أن الالتزام بنقل الملكية ورد به نص صريح .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤١١ وما بعدها .

فإذا كان محل الالتزام نقودا فملكيتها تنتقل بالتسليم الفعلي ، وبذلك يقع انتقال ملكيتها وتسليمها بعمل واحد هو المناولة . ولذلك يقال إن النقود لا تعين بالتعيين ^(١) .

فإذا تقاعس المقرض عن تنفيذ التزامه ، جاز للمقترض الحق في مطالبة بأدائه طبقا لقواعد العامة ، كما يستطيع إجباره على الوفاء عن طريق الحجز على أمواله .

وإذا كان محل عقد القرض شيئا مثليا غير النقود كالحبوب والقطن وغيره ، فإن ملكيته تنتقل بمجرد العقد إذا كان معينا بذاته ومملوكا للمقرض (م ٢٠٤ مدني) .

أما إذا لم يكن هذا الشيء معينا بنوعه فقط أى لم يعين بذاته فلا تنتقل ملكيته إلا بإفرازه (م ١/٢٠٥ مدني) .

فإذا لم يتم المقرض بتنفيذ التزامه بنقل الملكية ، جاز للمقترض أن يحصل على شيء من النوع ذاته على نفقة المدين بعد استئذان القاضي أو دون استئذانه في حالة الاستعجال ، كما يجوز له أن يطالب بقيمة الشيء من غير إخلال في الحالتين بحقه في التعويض (م ٢/٢٠٥ مدني) .

١٧٥- التزام المقرض بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء العقد :

تنص الفقرة الأولى من المادة ٧٢٣ مدني في عجزها على أن : " ولا يجوز له (المقرض) أن يطالبه برد المثل إلا عند انتهاء القرض " .

(١) محي الدين علم الدين ص ٨٤ .

فهذا النص ألقى على عاتق المقرض التزاما سلبيا ، هو ألا يطالب المقرض
برد مثل الشيء محل القرض إلا عند انتهاء القرض . وهو التزم دائم في ذمة
المقرض .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن هذا الالتزام أنه :

" ثم هو يلتزم التزاما سلبيا ألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء القرض .
ويحسن إيراد هذا الالتزام السلبى . فهو الذى يبين كيف يكون الفسخ فى
عقد القرض . فإن المقرض إذا أعسر المقرض أو أحل بالتزامه ، يفسخ
العقد فيتحلل من هذا الالتزام السلبى ، ويستطيع إذن أن يطلب رد المثل
قبل انتهاء القرض . وإذا ظهر إعسار المقرض قبل تسليمه الشيء جاز
للمقرض أن يفسخ العقد وأن يمتنع عن التسليم " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١٥ .

(الالتزام الثالث)
(ضمان الاستحقاق)

١٧٦- النص القانوني :

المادة (٥٤٠) مدق :

" إذا استحق الشيء ، فإن كان القرض بأجر ، سرت أحكام البيع ، وإلا فأحكام العارية " .

النوع الأول من الضمان :

ضمان الاستحقاق إذا كان القرض بأجر :

١٧٧- تطبيق أحكام استحقاق المبيع :

نصت المادة ٥٤٠ مدق على أنه إذا استحق الشيء ، فإذا كان القرض بأجر سرت أحكام البيع . ومفاد ذلك أنه تطبق أحكام استحقاق المبيع على حالة استحقاق القرض بأجر أى بفائدة . وهذا الضمان غير متصور إذا كان الشيء نقودا لأن النقود لا تتعين بالتميين ، فلا يتصور أن يدعى أحد أن مبلغا من النقود مختلطا بمال شخص آخر كان مملوكا له ، إلا إذا كانت النقود من أوراق البنكنوت وكان يحتفظ بأرقامها لديه ، واستطاع أن يثبت أنها كانت ملكه ، وسرقت منه . ومثل هذا لا يقع عادة في الحياة العملية . فضمان الاستحقاق غير متصور إذا كان الشيء نقودا ولكنه متصور إذا كان مثليات غير النقود^(١) .

وفي هذا جاء بملكة المشروع التمهيلي أنه :

"١- ويلتزم المقرض أيضا بضمان الاستحقاق ، والمفروض في هذا الضمان أن القرض لم يرد على نقود لأن النقود لا تستحق ، فإذا ورد على

(١) عيى الدين علم الدين ص ٨٦ .

مشلى غير النقود ، وفرض وسلم للمقترض ، ثم استحق ، فإن كان القرض بأجر اتبعت أحكام البيع إلخ " (١).

وتتناول هنا الاستحقاق الكلى والجزئى فى عقد البيع ، ويراعى أنه عند تطبيقه على عقد القرض بأجر ، يكون المقترض فى مركز المشتري والمقرض فى مركز البائع والشئ محل القرض بدلا من الشئ المبيع .

١٧٨- أولاً : الاستحقاق الكلى فى عقد البيع :

الأصل فى الاستحقاق الكلى فى عقد البيع ، أن يكون بنزع المبيع من يد المشتري بمقتضى حكم يلزمه بترك المبيع لمدعى استحقاقه متى كان هذا الحكم صادرا فى مواجهة البائع ، أو كان البائع قد أخطر بالدعوى فى الوقت الملائم فلم يتدخل فيها ما لم يثبت هذا أن المشتري قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما كان هو السبب فى الحكم باستحقاق المبيع للغير . إذ تنص المادة ٤٤٠ مدنى على أن : " ١- إذا رفعت على المشتري دعوى باستحقاق المبيع وأخطر بها البائع ، كان على البائع ، بحسب الأحوال ووفقا لقانون المرافعات ، أن يتدخل فى الدعوى إلى جانب المشتري أو أن يحل فيها محله .

٢- فإذا تم الإخطار فى الوقت الملائم ولم يتدخل البائع فى الدعوى ، وجب عليه الضمان ، إلا إذا ثبت أن الحكم الصادر فى الدعوى كان نتيجة لتدليس من المشتري أو لخطأ جسيم منه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤١٥ وما بعدها .

٣- وإذا لم يخطر المشتري البائع بالدعوى في الوقت الملائم وصدر عليه حكم حاز قوة الأمر المقضى ، فقد حقه في الرجوع بالضمان إذا أثبت البائع أن تدخله في الدعوى كان يؤدي إلى رفض دعوى الاستحقاق" (١).

ويعتبر أيضا من قبيل الاستحقاق الكلي الحالات الآتية :

١- إذا قرر المشتري بترك المبيع كله إلى مدعى استحقاقه دون أن ينتظر صدور حكم ملزم له بذلك لظهور حق المدعى فيه وعلى هذا نصت المادة ٤٤١ مدنى على أن : " يثبت حق المشتري في الضمان ولو اعترف وهو حسن النية للأجنبى بحقه أو تصالح معه على هذا الضمان دون أن ينتظر فى ذلك صدور حكم قضائى متى كان قد أخطر البائع بالدعوى فى الوقت الملائم ودعاه أن يحل محله فيها فلم يفعل ، كل ذلك ما لم يثبت البائع أن الأجنبى لم يكن على حق فى دعواه " .

فهذا النص أريد به التيسير على المشتري فى إنهاء الدعوى المرفوعة عليه متى كان وجه الحق فيها ظاهرا ، فسمح له أن ينهيها بالإقرار للمدعى بحقه أو بالصلح معه على هذا الحق لأن تخلف البائع عن التدخل فى الدعوى يرجح أنه ليس له دفاع فيها . غير أن المشتري إذا أقدم على إنهاء الدعوى من طريق الإقرار أو الصلح ، إنما يفعل ذلك على مسؤوليته ، فيجوز للبائع أن يلقي المسؤولية على المشتري إذا أثبت بأدلة

(١) ونحيل فى الشرح التفصيلى لأحكام هذه المادة والمادة التالية لها إلى مولفات
شرح عقد البيع .

حاسمة أن الأجنبي لم يكن على حق فيما ادعى وأن المشتري قد أخطأ فيما صدر منه من إقرار أو صلح خطأ يستوجب إسقاط حقه في الرجوع على البائع . ولا يشترط لإخلاء مسئولية البائع أن يثبت هو وقوع غش أو خطأ جسيم من المشتري كما في حالة صدور حكم بالاستحقاق دون تدخله في الدعوى المرفوعة على المشتري ، ولكن لا يكفي منه بأن يثبت أن المشتري لم يتمسك بدفع من الدفوع الخاصة به كالدفع بالتقادم المكسب أو المسقط إذ أن التمسك بهذا الدفع متروك لتقدير المشتري شخصيا وقد تأيى ذمته أن يتمسك به فلا يلام على ذلك ^(١).

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما التيسير على البائع فيتحقق في أنه لو ظهر أن الأجنبي على حق في دعواه ، وكان المشتري قد توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه باتفاق مع المستحق على أن يدفع له بدل المبيع مبلغا من النقود أو أى شئ آخر ، صلحا كان ذلك أو وفاء بمقابل ، وسواء تم ذلك قبل رفع دعوى الاستحقاق أو بعد رفعها ، وسواء تدخل البائع في هذه الدعوى عند رفعها أو لم يتدخل ، فإن للبائع أن يتخلص من ضمان الاستحقاق بأن يرد للمشتري ما يعوضه تماما عما دفعه للمستحق : المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما أداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات . وهذا حكم ، وجه العدالة فيه ظاهر ، وهو مثل من الأمثلة النادرة في القانون على حق

(١) الدكتور سليمان مرقس عقد البيع طبعة ١٩٨٠ ص ٣٨٠ وما يعنها .

الاسترداد(أنظر مثلين آخرين في استرداد الحصة الشائعة وفي استرداد الحق المتنازع فيه)^(١) .

ويلاحظ أن هذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توفى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق.

أما إذا لم يتوفى هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهي تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيوان (٥٠٦م) من أنه " لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئا وأمسك المبيع ، يكون هذا منه شراء للمبيع من المستحق، وله أن يرجع على بائعه بالثمن " ^(٢).

٢- إذا احتفظ المشتري بالمبيع لسبب آخر غير عقد البيع ، كما إذا ثبت أن البائع غير مالك وورث المشتري المبيع أو اشتراه مرة ثانية من مالكة الحقيقي .

٣- يعتبر الفقه من قيل الاستحقاق الكلى عدم تمكن المشتري من وضع يده على المبيع لوجوده في حيازة أجنبي تعرض للمشتري في استلامه بحجة أن المبيع مملوك له ^(٣).

غير أن محكمة النقض خالفت هذا الرأي واشترطت فيما يعتبر استحقاقا موجبا للضمان أن يكون المشتري قد تسلم المبيع ثم نزع منه،

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٥١ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٩١ وما بعدها .

(٣) سليمان مرقس ص ٣٨١ وما بعدها .

أما إذا تعذر عليه استلامه لوجوده في حيازة أجنبي ثبتت ملكيته للمبيع فلا تنطبق عليه قواعد ضمان الاستحقاق إذ قضت بأن :

" وحيث إن الواقعة الثابتة في الحكم المطعون فيه والتي لا نزاع فيها بين الطرفين تنحصر في أن الطاعن أعطى للمطعون ضدها أرضا كانت تعتقد وقت البذل أن الطاعن يملكها ثم تبين لها وقت التسليم أنها قد خرجت من ملكه بيعه إياها إلى وزارة الأشغال منذ ثلاث سنوات سابقة على البذل .

وحيث إن التكييف القانوني الصحيح لهذه الواقعة هو بيع الشيء الذي لا يملكه بائعه المنصوص عليه في المادتين ٢٦٤ و ٢٦٥ من القانون المدني .

وحيث إن ضمان البائع المترتب على البيع ينحصر في تسليم المبيع للمشتري وعدم منازعته فيه من الغير (الفقرة الثانية من المادة ٢٦٦ والمادة ٣٠٠ من القانون المدني) . فإذا عجز البائع عن التسليم أو عجز عن كف منازعة الغير للمشتري وجب عليه الضمان ، وهذا الضمان في الحالتين مرجعه بيع البائع مالا يملك . إلا أن المبيع كان في الحالة الأولى تحت يد الغير وقت البيع فتعذر التسليم ، وكان في الحالة الثانية تحت يد المشتري فاسترده ماله الحقيقي ونزعت بذلك الملكية من ذلك المشتري . وحيث إنه يترتب على هذا الضمان بطلان البيع في الحالة الأولى أو فسخه في الحالة الثانية وإلزام البائع برد الثمن مع التضمينات (المواد ٢٦٤ ، ٢٦٥ ، ٣٠٤ من القانون المدني) .

(طعن رقم ٤٥ لسنة ٩ في جلسة ١٤/٣/١٩٤٠)

١٧٩. ملئ التزام البائع في حالة استحقاق المبيع :

تنص المادة ٤٤٣ ملئ على أن :

" إذا استحق كل المبيع ، كان للمشتري أن يطلب من البائع :

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت.

٢- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع .

٣- المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق

وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية .

٤- جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان

المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقاً للمادة ٤٠٠ :

٥- ويوجه عام ، تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من

كسب بسبب استحقاق المبيع .

كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبني على المطالبة بفسخ البيع أو

إبطاله " .

وقد جاء عن هذه المادة بمذكرة المشروع التمهيدية أنه :

" أثر المشروع ، في بيان ما يترتب على ضمان الاستحقاق ، أن يلتزم

الحل الذي يمليه القواعد العامة . فضمان الاستحقاق التزام في ذمة البائع

قد نشأ من عقد البيع ، وإذا طالب المشتري به قامت مطالبة على أسس

هذا العقد . ومعنى ذلك أن ضمان الاستحقاق بمعناه الدقيق لا يتصور

قيامه إلا مع قيام عقد البيع ، والمشتري في رجوعه بالضمان على البائع

إنما يطلب منه تنفيذ التزامه بنقل ملكية المبيع ، ولما كان المبيع قد استحق واستحال بذلك التنفيذ العيني للالتزام ، فلم يبق أمام المشتري إلا أن يطلب بتنفيذ الالتزام عن طريق التعويض ، والتعويض في هذه الحالة هو ما ذكرته المادة ٥٨٩ من المشروع ، وهو تقتصر على تطبيق القواعد العامة في تقدير مدى التعويض ، وتعطى للمشتري الحق في أن يطلب من البائع ... إلخ " (١) .

وبين من النص سالف الذكر أن التعويض المستحق للمشتري عن استحقاق العين المبعة يتمثل فيما يأتي :

١- قيمة المبيع وقت الاستحقاق والفوائد القانونية :

فإذا كانت قيمة المبيع زادت عن وقت البيع وجب على ألبائع أن يدفع إلى المشتري هذه القيمة الزائدة لا الثمن الذي اشترى به فحسب .
أما إذا نقصت القيمة ، أفاد البائع من ذلك ولم يدفع للمشتري إلا تلك القيمة الناقصة .

ومع أنه لا يجوز للمشتري المطالبة بضمان الاستحقاق إلا من وقت صدور الحكم النهائي بالاستحقاق، فإن تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق يجب أن ينظر فيه إلى قيمة المبيع وقت رفع دعوى الغير التي حكم له فيها بالاستحقاق لأن حكم الاستحقاق يستند أثره إلى وقت رفع الدعوى .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٥ .

ويتقاضى المشتري القيمة وقت الاستحقاق سواء كان حسن النية أو سئى النية يعلم بالاستحقاق وقت البيع ، أو كان البائع هو نفسه حسن النية أو سئى النية^(١).

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- تقضى المادة ٤٤٣ من القانون المدنى بأنه إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، وهى قيمة لا تأثر لمقدار الثمن عليها فقد تقل عنه وقد تزيد " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

٢- " تقدير قيمة المبيع وقت الاستحقاق هو مما يستقل به قاضى الموضوع ، إلا أنه إذا قدم له دليل مقبول - وهو هبوط قيمة المبيع عادة باستعماله فترة من الزمن - فإن عليه إذا رأى اطراح هذا الدليل وتقدير القيمة على خلافه أن يبين سبب عدم أخذه به " .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

وفى حالة نقص القيمة فإنه يجوز للمشتري طلب فسخ البيع فيكون له مطالبة البائع بثمن المبيع وألا يكفى بقيمته وقت الاستحقاق .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" إن المشرع وقد أجاز للمشتري - طبقا للمادة ٤٤٣ مدنى - الرجوع على البائع له - فى حالة استحقاق المبيع - بضمان الاستحقاق

(١) السنهورى جـ ٤ البيع والمقايضة ١٩٦٠ ص ٦٧٧ - سليمان مرقس ص

إلا أنه لم يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أسس أن البائع قد أحل بالتزامه وهو ما أشارت إليه المادة السابق ذكرها بقولها " كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله " ومن مقتضى ذلك أنه في حالة القضاء بالفسخ تترتب الآثار التي نصت عليها المادة ١٦٠ مدني وهي أن يعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعاقد فيرد كل منهما ما تسلمه بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه .

ويلتزم البائع أيضًا بالفوائد القانونية عن قيمة المبيع ابتداء من وقت الاستحقاق . وفي هذا خروج على القاعدة العامة التي تقضى بأن الفوائد لاتسرى عند عدم الاتفاق إلا من تاريخ المطالبة القضائية (٢٢٦م مدني) . والحكمة في هذا الخروج أن المشتري يحرم من ثمار المبيع من وقت الاستحقاق فيستعاض عنها بالفوائد من هذا الوقت ^(١) .

وتستحق الفوائد القانونية بنسبة ٤% في المسائل المدنية ، ٥% في المسائل التجارية . وتستحق الفوائد ولو كان المبيع لا ينتج ثمارا . ويستحق المشتري الفوائد بصرف النظر عن سوء نية البائع أو حسن نيته .

٢- قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع :
إذا كان المشتري عالما بسبب الاستحقاق قبل رفع دعوى الاستحقاق، فإنه يكون ملزما برد الثمار التي قبضها من الشيء المبيع من يوم علمه

(١) الدكتور حميس خضر العقود المدنية الكبيرة (البيع والتأمين والإيجار) الطبعة الثانية ١٩٨٤ ص ٢٤٣ .

- بمسبب الاستحقاق . وفي هذا تنص المادة ١٨٥ مدني في أن : "١- إذا كان من تسلم غير المستحق حسن النية فلا يلتزم أن يرد إلا ما تسلم .
- ٢- أما إذا كان سئى النية فإنه يلتزم أن يرد أيضا الفوائد والأرباح التي جناها ، أو التي قصر في جنيها من الشيء الذي تسلمه بغير حق وذلك من يوم الوفاء أو من اليوم الذي أصبح فيه سئى النية .
- ٣- وعلى أى حال يلتزم من تسلم غير المستحق برد الفوائد والثمار من يوم رفع الدعوى " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . والمفروض في ذلك أن المشتري قد علم بحق الغير قبل رفع دعوى الاستحقاق ، فوجب أن يرد الثمار للمستحق من وقت علمه بذلك ، ويرجع بها على البائع استيفاء لحقه في التعويض . أما ثمار المبيع من وقت رفع الدعوى ، فهذه قد استعاض عنها بالفوائد القانونية لقيمة المبيع كما سبق بيانه فيما تقدم " (١) .

٣- المصروفات النافعة والكمالية :

إذا كانت المصروفات التي أنفقت على الشيء المبيع مصروفات ضرورية، وهي اللازمة لحفظ الشيء وصيانه فلا رجوع للمشتري على البائع بها إذ يلزم بها المستحق أى من حكم له بالاستحقاق عملا بالمادة ١/٩٨٠ مدني إذ تقول : " على المالك الذي يرد إليه ملكه أن يودى إلى الحائز جميع ما أنفق من المصروفات الضرورية " أما إذا كانت المصروفات نافعة

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٩٦ .

، وهى التى لا تقوم ضرورة تستدعى إنفاقها وإنما ترتب عليها زيادة فى قيمة المبيع ، فلا يحق للمشتري دائماً مطالبة المستحق بها كاملة ، فيكون له (أى للمشتري) استرداد - كما تقول المادة - " المصروفات النافعة التى لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق ... إذا كان البائع سئ النية" . ومن ثم فإنه يرجع فى شأن المستحق للمشتري من هذه المصروفات إلى نص المادتين ٩٢٤ ، ٩٢٥ مدنى ، اللتين أحالت عليهما الفقرة الثانية من المادة ٩٨٠ مدنى .

ومقتضى حكم هاتين المادتين ، أنه إذا كان المشتري يعلم سبب الاستحقاق وقت إنفاق هذه المصروفات ، كان للمستحق أن يطلب منه إزالة ما أنفق عليه هذه المصروفات مع التعويض إن كان له وجه ، أو يطلب استبقاءها مقابل دفع قيمتها مستحقة الإزالة أو دفع مبلغ يساوى ما زاد فى قيمتها بسبب ما أنفقته (م ٩٢٤ مدنى) .

وإذا كان المشتري لا يعلم بسبب الاستحقاق وقت الإنفاق ،خير المستحق بين دفع النفقات أو دفع ما زاد فى قيمة الشئ (م ٩٢٥ مدنى) وفى الحالتين يتحمل المشتري ، بعد أن يسترده من المستحق المبلغ الذى يسمح به القانون على النحو السالف ، خسارة هى الفرق بين قيمة الشئ الذى أضافه وقت الاستحقاق والمبلغ الذى استرده من المستحق ويكون عادة أقل من قيمة الشئ الذى أضافه . وهذه الخسارة يرجع بها المشتري على البائع كعنصر من عناصر التعويض فى ضمان الاستحقاق . ويستوى

في هذا الرجوع أن يكون المشتري غير عالم بسبب الاستحقاق وقت البيع أو علما بذلك^(١).

أما المصروفات الكمالية ، وهي التي تنفق بقصد الزخرفة والزينة فقد نصت المادة ٤٤٣ مدني على أن للمشتري أن يطالب البائع بها إذا كان البائع سئ النية .

وقد نصت المادة ٣/٩٨٠ على أنه : " إذا كانت المصروفات كمالية فليس للحائز أن يطالب بشئ منها ، ومع ذلك يجوز له أن ينزع ما استحدثه من منشآت على أن يعيد الشئ إلى حالته الأولى إلا إذا اختار المالك أن يستبقئها مقابل دفع قيمتها مستحق الإزالة " .

ولما كان الشئ محل المصاريف الكمالية مما يكون في بعض الحالات متعذرا إزالته فإن المشتري يسترد من البائع هذه المصروفات الكمالية إذا كان البائع سئ النية ، أي إذا كان البائع وقت البيع يعلم بسبب الاستحقاق .

كما أنه يمكن اعتبار المصروفات الكمالية أمرا غير متوقع . فإذا كان البائع سئ النية أي كان يعلم بحق الأجنبي ، فيسأل في هذه الحالة عن الضرر ولو كان غير متوقع ، وبحق إذن للمشتري أن يرجع بالمصروفات الكمالية^(٢).

(١) السنهاوري ص ٦٨٠ وما بعدها - سليمان مرقس ص ٢٨٣ .

(٢) مذكرة للمشروع التمهيلي مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٩٦ .

٤- مصروفات دعوى الاستحقاق ودعوى الضمان :

تنص المادة ٤٤٣ مدني في فقرتها الرابعة على أن ضمن التعويضات التي يستحقها المشتري من البائع عند استحقاق العين المبيعة جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق علما ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ .

فقد يكون المشتري قد بقي خصما في دعوى الاستحقاق ولما حكم للمستحق بالاستحقاق ألزم هو بمصروفات الدعوى نحو المستحق . فيرجع بما ألزم به من هذه المصروفات. ثم إن المشتري قد أدخل البائع ضامنا في الدعوى ، أو لعله رفع عليه دعوى ضمان أصلية بعد الحكم بالاستحقاق ، ففي الحالتين يكون قد تكبد مصروفات هي مصروفات إدخال البائع ضامنا أو مصروفات دعوى الضمان الأصلية . ويستثنى من ذلك ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه لو أخطر البائع بدعوى الاستحقاق في الوقت الملائم بحيث كان البائع يستطيع أن يختصر إجراءات التقاضي ونفقاته لأن الخسارة التي تحملها في هذه الحالة بسبب طول الإجراءات وكثرة النفقات كانت بخطأ منه هو . ويقع على عاتق البائع في هذه الحالة عبء إثبات أنه كان من الممكن اختصار الإجراءات لو تم إخطاره في الوقت المناسب^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بصدد التعويضات التي يستحقها المشتري " جميع مصروفات دعوى الضمان ، لأنه كسب

(١) سليمان مرقس ص ٣٨٦ .

الدعوى ، وجميع مصروفات دعوى الاستحقاق ، لأنه خسر الدعوى فيرجع بمصروفاتها على البائع استيفاء لحقه في التعويض .
ويستثنى من ذلك ما كان يستطيع أن يتقيه لو أخطر البائع بدعوى الاستحقاق ، لأن الخسارة التي تحملها في هذه الحالة كانت بخطأ منه هو^(١).

٥- تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أوفاته من كسب :

بعد أن ذكر المشرع عناصر التعويض السابقة في البنود الأربعة الأولى من المادة ٤٤٣ أردف في البند الخامس من المادة قوله : " ويوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أوفاته من كسب بسبب استحقاق المبيع " والقصد من هذه العبارة هو تقرير حق المشتري في طلب التعويض عن كل خسارة لحقت به أو كسب فاته مما لا تشمله عناصر التعويض المنصوص عليها في البنود السابقة . وليس في ذلك على حد قول مذكورة المشروع التمهيدى إلا تذكير بالقواعد العامة . وتطبيقا لذلك يجوز للمشتري أن يرجع على البائع زيادة على العناصر السابقة بمصاريف عقد البيع مثلا كمصاريف تحرير العقد والسمسرة ورسوم التسجيل وبما فاته من كسب بسبب فوات صفقة رابحة^(٢). وكذلك الأرباح التي حرم منها المشتري بسبب زيادة قيمة المبيع عن الثمن المتفق عليه عند البيع وما يكون قد طرأ من زيادة فيما بعد البيع إلى يوم الاستحقاق .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٦ .

(٢) خميس خضر ص ٢٤٦ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لقاضى الموضوع - متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع ووجب على المشتري رد الثمن مع التضمينات- أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين يلزم به البائع علاوة على الثمن ، أو يحاسب عليه الثمن بالفوائد التى يعرض بها على المشتري ما خسره وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق . وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على المشتري أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى " .

(طعن رقم ٣٨ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٣٢/١١/٢٤)

٢- " لقاضى الموضوع متى انفسخ البيع بسبب استحقاق المبيع، ووجب على البائع رد الثمن مع التضمينات ، أن يقدر هذه التضمينات بمبلغ معين ، يلزم به البائع ، علاوة على الثمن ، أو أن يحاسب عليه الثمن بالفوائد التى يعرض بها على المشتري ما خسره ، وما حرم منه من الأرباح المقبولة قانونا بسبب نزع الملكية والاستحقاق ، وليس على القاضى إذا أجرى الفوائد التعويضية على البائع أن يتبع أحكام فوائد التأخير المشار إليها فى المادة ١٢٤ من القانون المدنى القديم الذى يحكم واقعة النزاع " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢٩)

١٨٠- حق المشتري في فسخ البيع وفي إبطاله :

تنص المادة ٤٤٣ مدني في عجزها على أن استحقاق المشتري للتعويضات المنصوص عليها بينودها الخمسة مناطه ألا يكون رجوع المشتري مبنيًا على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله .

ذلك أن رجوع المشتري بالتعويضات السابقة إنما هو تنفيذ بطريق التعويض ، لالزام البائع بنقل ملكية المبيع بعد أن استحال تنفيذ هذا الالتزام عينا . وهذا لا يمنع المشتري من سلوك طريق آخر ، فلا يطالب بتنفيذ الالتزام ، بل يطالب بفسخ البيع ، على أساس أنه عقد ملزم للجانين وقد أحل البائع بالتزامه ، أو يطالب بإبطال البيع، على أساس أنه بيع ملك الغير بعد أن ظهر أن المبيع مملوك لغير البائع . ويجب في حالة المطالبة بالفسخ أو بالبطالان، أن يترتب عليهما من الآثار ما تقرره القواعد العامة . بل يجوز الذهاب إلى أبعد من ذلك واعتبار البيع عند استحقاق المبيع ، مفسوخا من تلقاء نفسه ^(١).

فقد يبيع الشخص عقارا يملكه ثم يبيعه مرة ثانية ويسارع المشتري الثاني إلى تسجيل عقده فيستحق المبيع . وقد يقوم الدائن المرتهن بالتنفيذ على العقار المرهون تحت يد المشتري فيباع بالمزاد وتنزع ملكيته من المشتري فيرجع عليه بضمان الاستحقاق . هذا بالإضافة إلى أنه في حالة بيع ملك الغير يكون للبائع أن يطلب الإبطال وفقا للمادة ٤٦٦ مدني وما بعدها ، كما يكون له أن يرجع بدعوى الاستحقاق.

(١) مذكرة المشروع التمهيدى جـ ص ٩٧ .

١٨١- هل يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون المشتري حسن النية ؟

لم تشترط المادة ٤٤٣ لاستحقاق التعويض في حالة الاستحقاق الكلى أن يكون المشتري حسن النية وقت البيع ، ومع ذلك فقد ذهب رأى في الفقه إلا أنه إذا كان المشتري سيئ النية ، أى يعلم سبب الاستحقاق وقت البيع ، فإنه لا يستحق إلا قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، دون عناصر التعويض الأخرى . ويستند هذا الرأى إلى أن المادة ٤٦٨ مدنى الخاصة ببيع ملك الغير، حيث تقرر هذه المادة أن المشتري لا يستطيع أن يرجع على البائع بالتعويض، إلا إذا كان المشتري يجهل أن المبيع مملوك للغير ، لأن الواقعة التى أدت إلى إبطال البيع، أو إلى الضمان ،هى فى النهاية واحدة وهى صدور البيع من غير مالك . فبيع ملك الغير ليست فى الواقع سوى دعوى ضمان أجيز رفعها قبل الأوان (أى قبل حصول التعرض الفعلى) فإنه يجب ألا يتغير مدى حق المشتري تبعاً للدعوى التى يختار رفعها ، ولهذا وجب القول بأن المشتري لا يحق له الرجوع على البائع إلا بقيمة المبيع متى كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق ، ولا يكون له الرجوع بسائر بنود التعويض إلا إذا كان حسن النية^(١).

(١) الدكتور أنور سلطان العقود المسماة شرح البيع والمقايضة ١٩٥١ ص ٣٠٤ -
الدكتور عبد المنعم البدرأوى عقد البيع فى القانون المدنى ١٩٥٧ ص ٤٧٨ ،

وذهب رأى آخر إلى أن للمشتري أن يرجع بكافة عناصر التعويض المذكورة في المادة ٤٤٣ ولو كان يعلم وقت العقد بسبب الاستحقاق - فالاستحقاق الكلي لا يعني دائما - كما يذهب أنصار الرأى الأول- أننا بصدد حالة بيع ملك الغير ^(١).

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي محاضرات في العقود الجزء الثاني عقد البيع ١٩٥٦ ص ٢٤٧ - الدكتور منصور مصطفى منصور مذكرات في القانون المدني العقود المسماة البيع والمقايضة والإيجار ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص ١٧٧ - الدكتور عبد الوود يحيى دروس في العقود المسماة البيع والتأمين ١٩٧٨ ص ١٣٢ - السنهوري ص ٦٨٤ - الدكتور إسماعيل غانم الوجيز في عقد البيع ص ٢٧٧ .

وكانت محكمة النقض في ظل التقنين المدنى القديم حيث كان ضمان الاستحقاق يحتل بيع ملك الغير ، تشترط حسن النية عند المشتري حتى يستحق التعويضات الأخرى .

إذ قضت محكمة النقض بأن :

" الضمان المقرر قانونا على البائع عند استحقاق المبيع يلزمه برد الثمن مع التضمينات وفقا للمادة ٣٠٤ مدنى - قديم- ما لم يكن المشتري عالما وقت البيع بالسبب الذى أدى إلى الاستحقاق إذ لا يجوز له فى هذه الحالة الرجوع على البائع بالتعويضات عملا بالمادة ٢٦٥ مدنى - قديم - وهذا وذاك دون حاجة إلى اشتراط خاص فى العقد . وهذا الالتزام القانونى يقبل التعديل باتفاق الطرفين سواء على توسيع نطاقه أو تضيق مده أو الإبراء منه بحسب الغرض الذى يقصدانه من اتفاقهما " .

(ظمن رقم ١٩١ لسنة ١٩٨١ فى جلسة ١٩٥١/٢/١)

١٨٢- ثانيا : الاستحقاق الجزئى فى عقد البيع :

يتحقق الاستحقاق الجزئى بثبوت ملكية الغير لجزء من العين المباعة سواء كان الجزء المستحق مفزعا أو حصة شائعة فى العين كلها ، أو بنزع ملكية بعض المبيع استيفاء للحق المضمون بالرهن . أو بثبوت تكليف على العين التكاليف يقصد به كل حق مقرر للغير يكون من شأنه تقييد انتفاع المشتري بالمبيع سواء كان ذلك حقا عينيا كحق ارتفاق غير ظاهر ولم يبين البائع عنه للمشتري أوحق انتفاع أو حكر ، أو كان حقا شخصيا كحق المستأجر^(١) .

وقد بين المشرع حقوق المشتري فى حالة الاستحقاق الجزئى أو ثبوت تكليف على المبيع فى المادة ٤٤٤ مدنى التى تنص على أن :

" ١- إذا استحق بعض المبيع ، أو وجد مثقلا بتكليف ، وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ الميئة فى المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه .

٢- فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع ، أو كانت الخسارة التى لحقت له لم تبلغ القدر المين فى الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق " .

وبين من هنا النص أنه يفرق بين ما إذا كانت الخسارة الناجمة عن الاستحقاق الجزئى جسمية أو غير جسمية .

(١) حميس خضر ص ٢٤٧ .

وتكون الخسارة جسيمة إذا بلغت قدرا لو علمه المشتري لما أتم العقد، ومثال ذلك أن يستحق جزء من الشيء المبيع ، فيصبح ما بقى منه لا يصلح للعرض الذى قصده المشتري من البيع .

أما إذا كان الاستحقاق الجزئى ، أو ثبوت تكليف على العين المبيعة لا يفوت على المشتري العرض الذى قصده من المبيع ، وبالتالي لم يكن يؤثر على قبوله البيع ، لو علم بالاستحقاق الجزئى أو بالتكليف وقت البيع، فإن الخسارة تكون غير جسيمة . فالمعيار شخصى يرجع فيه إلى شخص المشتري وظروفه ، لا إلى أى شخص عادى والمرجع فى تقدير الجسامة هو قاضى الموضوع دون رقابة عليه من محكمة النقض فى ذلك^(١).

فإذا كانت الخسارة جسيمة كان للمشتري الخيار بين رد المبيع وما أفاده منه إلى البائع ومطالبته بالتعويض كما لو كان الاستحقاق كليا، وبين أن يستبقى المبيع على أن يعرضه البائع عما أصابه بسبب الاستحقاق أو التكليف^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

"إذا كان الاستحقاق جزئيا ، فإن كان جسيما بحيث لو كان المشتري قد عرفه وقت البيع لما أقدم على الشراء ، كان هذا بالخيار بين رد ما بقى من المبيع مع المطالبة بالتعويض الكامل طبقا لما هو مقرر فى

(١) عبد الودود بحى ص ١٣٣ .

(٢) حميس خضر ص ٢٤٨ .

الاستحقاق الكلى ، أو استبقاء المبيع مع المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئى طبقا للقواعد العامة (قد تجنب المشروع أن يجعل التعويض بسبب الاستحقاق الجزئى هو دائما قيمة الجزء الذى انتزعت ملكيته بالنسبة للقيمة الحقيقية للمبيع وقت الاستحقاق كما فعلت المادة ٣٨٦/٣١٢ من التقنين الحالى إلخ " ^(١)).

أما إذا لم تكن الخسارة جسيمة ، فيتعين على المشتري أن يستبقى المبيع على أن يعوضه البائع عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق أو التكاليف .

ويراعى أن التعويض المستحق للمشتري فى حالة استبقاء المبيع يقدر وفقا للقواعد العامة على أساس ما لحق المشتري من خسارة ومافاته من كسب (م ٢٢١ مدق) لا يقدر قيمة الجزء المستحق أو قيمة التكاليف ^(٢) كما رأينا أنفا.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " أما إذا كان الاستحقاق غير جسيم ، فليس للمشتري أن يطلب الفسخ ، ولا يكون له إلا المطالبة بالتعويض طبقا لما تقدم " ^(٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٠٠ وما بعدها .

(٢) عبد الوود مجبى ص ١٣٤ - حميس خضر ص ٢٤٩ .

(٣) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ١٠١ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إن النص في المادة ٤٤٣ من القانون المدق على أن " إذا استحق كل المبيع كان للمشتري أن يطلب من البائع : (١) قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية في ذلك الوقت . (٢) قيمة الثمار التي ألزم المشتري بردها لمن استحق المبيع . (٣) المصروفات النافعة التي لا يستطيع المشتري أن يلزم بها المستحق وكذلك المصروفات الكمالية إذا كان البائع سيئ النية . (٤) جميع مصروفات دعوى الضمان ودعوى الاستحقاق عدا ما كان المشتري يستطيع أن يتقيه منها لو أخطر البائع بالدعوى طبقا للمادة ٤٤٠ . (٥) وبوجه عام تعويض المشتري عما لحقه من خسارة أو فاته من كسب بسبب استحقاق المبيع . كل هذا ما لم يكن رجوع المشتري مبني على المطالبة بفسخ البيع أو إبطاله وفي المادة ٤٤٤ من القانون ذاته على أن " (١) إذا استحق بعض المبيع أو وجد منقلا بتكليف وكانت خسارة المشتري من ذلك قد بلغت قدرا لو علمه لما أتم العقد ، كان له أن يطالب البائع بالمبالغ المينة في المادة السابقة على أن يرد له المبيع وما أفاده منه . (٢) فإذا اختار المشتري استبقاء المبيع أو كانت الخسارة التي لحقته لم تبلغ القدر المين في الفقرة السابقة ، لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق " يدل على أنه إذا استحق كل المبيع يكون للمشتري أن يرجع على البائع بطلب

المبالغ المينة بالمادة الأولى ومنها قيمة المبيع وقت الاستحقاق مع الفوائد القانونية من ذلك الوقت ، كذلك إذا استحق بعض المبيع وقام المشتري برد المبيع إلى البائع " . " إذا اختار استبقاء المبيع لم يكن له إلا أن يطالب بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب الاستحقاق الجزئي ، ويدخل في حساب التعويض قيمة ما استحق من المبيع ويرجع في تقدير قيمته إلى وقت الاستحقاق والذي يتحدد بوقت رفع دعوى الاستحقاق ، ولا يستحق المشتري الفوائد القانونية إلا أن يرد إلى البائع المبيع وما أفاده منه ويطلب بالتعويض عن الاستحقاق الكلى وفقا لما نصت عليه المادة ٤٤٣ من القانون المدنى . لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد قدر - أخذا بتقرير الخبير المقدم في الدعوى - قيمة الجزء الذى استحق من المبيع بقيمته وقت رفع دعوى الضمان بمبلغ ٧٥٠٠ جنيه بواقع ٥٠٠ جنيه للقرط الواحد وقضى به للمطعون ضدهما الأولين باعتباره تعويضا لهما عن هذا الجزء ، وأضاف إليه الفوائد القانونية اعتباره تعويضا لهما عن هذا الجزء ، وأضاف إليه الفوائد القانونية اعتبارا من تاريخ البيع حتى رفع دعوى الضمان رغم أن المطعون ضدهما الأولين اختارا استبقاء المبيع فلا يستحق الفوائد القانونية ، فإن الحكم يكون أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٠١٤ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٥/١١/٢١)

١٨٣- قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للانقسام :

الالتزام بضمان الاستحقاق قابل للانقسام بطبيعته ، فإن تعدد البائعون فلا يلتزم كل منهم إلا بما يخصه من مقدار التعويض . ولكن يلاحظ أن الالتزام وإن كان قابلا للانقسام بطبيعته إلا أنه إذا توفى البائع عن عدة ورثة استطاع المشتري أن يطالب أى وارث بكل الدين إذا كان ما آل إليه من أموال التركة يفي بالتعويض المطلوب . لأن الالتزام بضمان الاستحقاق مضمون بكل أموال التركة^(١).

١٨٤- رد البائع ما آداه المشتري للمتعرض :

تنص المادة ٤٤٢ مدق على أنه : " إذا توفى المشتري استحقاق المبيع كله أو بعضه بدفع مبلغ من النقود أو بأداء شئ آخر ، كان للبائع أن يتخلص من نتائج الضمان بأن يرد للمشتري المبلغ الذى دفعه أو قيمة ما آداه مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات " .

فإذا أراد المشتري توفى استحقاق المبيع كله أو بعضه فله أن يتفق مع المتعرض على ذلك فى مقابل مبلغ من النقود أو فى مقابل شئ آخر يؤديه إليه ، فإن القانون يكفل للبائع نوعا من الاسترداد يستطيع بموجبه أن يتلافى نتائج الضمان وأداء التعويضات التى بينها فى حالى الاستحقاق

(١) خميس خضر ص ٢٤٩ - عبد الودود يحيى ص ١٣٤ وما بعدها .

الكلى والجزئى بأن يرد للمشتري ما أذاه للمتعرض مع الفوائد القانونية وجميع المصروفات ، فيتخلص بذلك من ضمان الاستحقاق .

ويستطيع المشتري أن يرجع على البائع ، بما توفى به استحقاق المبيع ، سواء كان قد أخطر البائع بدعوى التعرض أو لم يخطره ، وسواء تدخل البائع فى الدعوى أو لم يتدخل . ولكن يفترض أن يكون البائع قد استفاد من فعل المشتري ، فإذا كان لم يفد من ذلك كأن أثبت أن دعوى التعرض كانت سترفض ، فلا يمكن القول فى هذه الحالة أن المشتري توفى استحقاق المبيع ، وبالتالي لا يلتزم البائع بأن يرد للمشتري ما دفعه للمتعرض .

وهذا الحكم لا يطبق إلا إذا كان المشتري قد توفى استحقاق المبيع باتفاقه مع المستحق . أما إذا لم يتوق هذا الاستحقاق ، وقضى للمستحق فإنه يجب الرجوع إلى القواعد العامة ، وهى تتفق مع ما نص عليه كتاب مرشد الحيران م ٥٠٦ من أنه : " لو أثبت المستحق الاستحقاق ، وقضى له ، ثم دفع المشتري إليه شيئا وأمسك المبيع ، يكون هذا شراء للمبيع من المستحق ، وله أن يرجع على بائعه بالثمن " ^(١) .

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٩٤ .

الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق :

١٨٤ مكررا - النصوص القانونية :

المادة (٤٤٥) مدق :

" ١ - يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن یزیلا ضمان الاستحقاق، أو أن ینقصا منه ، أو أن یسقطا هذا الضمان .

٢ - ویفترض فی حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان هذا الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري .

٣ - ويقع باطلا كل شرط یسقط الضمان أو ینقصه إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنی " .

المادة (٤٤٦) مدق :

" ١ - إذا اتفق على عدم الضمان بقى البائع مع ذلك مسئولاً عن أى استحقاق ينشأ من فعله ، ويقع باطلا كل اتفاق یقضى بغير ذلك .

٢ - أما إذا كان استحقاق المبيع قد نشأ من فعل الغير ، فإن البائع یكون مسئولاً عن رد قيمة المبيع وقت الاستحقاق ، إلا إذا أثبت أن المشتري كان یعلم وقت البيع سبب الاستحقاق ، أو أنه اشترى ساقط الخيار " .

١٨٥- الضمان لا يتعلق بالنظام العام :

ضمان الاستحقاق الذى نص عليه القانون ، لا يتعلق بالنظام العام ، ولذلك یستطيع المتعاقدان أن یعدلا هذه الأحكام وفقا لما یریان أنه أكثر

تحقيقا لمصالحهما . ولهذا نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدني على أنه : " يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيدا ضمان الاستحقاق ، أو أن ينقصا منه ، أو أن يسقطا هذا الضمان " .

فيحوز للطرفين أن يتفقا على زيادة الضمان أو على إنقصاه أو على إسقاطه كلية .

ويجب في جميع الأحوال أن يكون الاتفاق واضحا في أن إرادة الطرفين قد انصرفت إلى تعديل أحكام الضمان ، فلا يساق في عبارات عامة غامضة يذكر فيها المتعاقدان أن البائع يضمن للمشتري جميع أنواع التعرض القانوني والفعلية لأن هذه العبارات لاتعني أكثر من تأكيد لأحكام الضمان التي وردت في القانون .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " اشترط الضمان في عقد البيع بالفاظ عامة لايعتبر تعديلا في الأحكام التي رتبها القانون على البائع لالتزامه بهذا الضمان إلا إذا كان المشتري والبائع عالين وقت التعاقد بسبب الاستحقاق ، ففي هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان في العقد- وهو أصلا لا حاجة إليه- على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميننا لا يكون إلا بالتزام البائع عند الاستحقاق بالتضمينات علاوة على رد الثمن " .

(طعن رقم ١٩١ لسنة ١٨ في جلسة ١٩٥١/٢/١)

٢- " إذا كان الأصل أنه لا يجوز للمشتري عند حصول تعرض له في الانتفاع بالمبيع أو عند استحقاق هذا المبيع أن يرجع على البائع بالتعويضات إذا كان المشتري يعلم وقت البيع بسبب التعرض أو الاستحقاق ، إلا أن التزام البائع القانوني بالضمان يقبل التعديل باتفاق الطرفين سواء على توسيع نطاقه أو تضييق مداه أو الإبراء منه بحسب الغرض الذي يقصده من اتفاقهما . وأنه وإن كان اشتراط الضمان في عقد البيع بألفاظ عامة لا يعتبر تعديلا في الأحكام التي وضعها القانون لهذا الالتزام ، إلا أنه إذا كان المشتري والبائع كلاهما عالمين وقت التعاقد بسبب التعرض أو الاستحقاق فإنه في هذه الحالة يدل النص على شرط الضمان في العقد - وهو أصلا لا حاجة إليه - على أن الغرض منه هو تأمين المشتري من الخطر الذي يهدده تأميناً لا يكون إلا بالتزام البائع بالتضمنات علاوة على رد الثمن في حالة استحقاق المبيع " .

(طعن رقم ١٣ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/٧/٧)

٣- " إذا كان الحكم المطعون فيه إنما أعمل في قضائه بالتعويض ما اتفق عليه العاقدان في عقد البيع ، وما ورد فيه من ضمان الضمان المتضمن مع البائع ، وكان يجوز للمشتري الاتفاق على أن يعوضه البائع في حالة حصول تعرض له في انتفاعه بالمبيع ، كما يحق للمتعاقدين أن يحددا مقدما قيمة التعويض بالنص عليه في العقد فإن الحكم لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٣٤١ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٢/٥/١٦)

١٨٦. حالات الاتفاق على تعديل أحكام الضمان :

١- الاتفاق على زيادة الضمان :

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على زيادة الضمان ، كأن يتفقا على ضمان البائع لأعمال لا يلتزم في الأصل بضمانها ، كأن يكون من حق المشتري الرجوع على البائع بمجرد العلم بسبب الاستحقاق حتى قبل حدوث التعرض الفعلي . أو على حق المشتري في الرجوع على البائع بالمصروفات الكمالية حتى ولو كان البائع حسن النية ، وأن يكون للمشتري في حالة الاستحقاق الجزئي أن يرد المبيع دون ثماره ، أو أن يكون له الحق في تعويض كامل في حالة الاستحقاق الجزئي ، دون بحث ما إذا كانت الخسارة جسيمة أو غير جسيمة .

٢- الاتفاق على إنقاص الضمان :

الاتفاق على إنقاص الضمان أكثر شيوعا في العمل من الاتفاق على زيادته . ويكون الاتفاق على إنقاص الضمان بإعفاء البائع من ضمان سبب معين من أسباب الاستحقاق كالاتفاق على ألا يضمن البائع الاستحقاق إذ أبطل سند تملكه أو فسخ فاستحق المبيع لمن تلقى عنه الملكية . كما يكون بإنقاص ما يستحق للمشتري من تعويضات ، كأن يتفق على أن البائع لا يلتزم في حالة استحقاق المبيع استحقاقا كلياً إلا يرد الثمن ، أو أنه لا يحق للمشتري في حالة الاستحقاق الجزئي أن يرد المبيع بل يقتصر حقه على تعويض ما أصابه من ضرر ولو كانت الخسارة جسيمة .

وقد وضعت المادة ٤٥٥ مدني في فقرتها الثانية حكما خاصا بحقوق الارتفاق إذ نصت على أن : " ويفترض في حق الارتفاق أن البائع قد اشترط عدم الضمان إذا كان الحق ظاهرا أو كان البائع قد أبان عنه للمشتري " .

وهذا الحكم الخاص لحق الارتفاق لا يعني في مجال بحثنا .
والشرط المنقص للضمان يقع باطلا ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء حق الأجنبي (م ٤٤٥ / ٣ مدني) . فإذا كان البائع ، وهو يشترط عدم ضمان حق معين قد يظهر لأجنبي على العين المبيعة ، كان يعلم بوجود هذا الحق فعلا وقت البيع وكنمه عن المشتري ، فإنه يكون ضامنا رغم الشرط .

٣- الاتفاق على إسقاط الضمان :

أجازت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٥ مدني للطرفين باتفاق خاص أن يسقطا ضمان الاستحقاق . أي يكون الاتفاق على أن البائع لا يضمن استحقاق المبيع أيا كان سبب الاستحقاق .

فإذا كان شرط عدم الضمان صحيحا ، فلن يترتب عليه إسقاط الضمان كلية لأن المادة ٤٤٦ مدني قيدت أثر الشرط العام بعدم الضمان بقيلدين :

القيد الأول : يقضي بأنه إذا اتفق على عدم الضمان ، يبقى البائع مسؤولا عن أي استحقاق ينشأ بفعله . ويقع باطلا كل اتفاق يخالف

ذلك. ومعنى ذلك أنه لا أثر لشرط عدم الضمان إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع . ويعتبر الاستحقاق ناشئاً عن فعل البائع إذا كان الأجنبي المتعرض قد تلقى حقه من البائع سواء قبل البيع أو بعده كما لو كان قد باع المبيع من قبل ، أو عاد فباعه مرة ثانية ، وسبق المشتري الآخر إلى تسجيل عقده .

القيد الثاني : هو أنه إذا كان الاستحقاق ناشئاً عن فعل الغير ، فإن شرط عدم الضمان يرتب أثره . ولكن هذا الأثر لا يصل إلى حد إعفاء البائع كلية من الضمان ، وإنما يظل البائع ملتزماً بأن يدفع للمشتري قيمة المبيع وقت الاستحقاق، ويقتصر أثر الشرط على إعفاء البائع من عناصر التعويض الأخرى^(١).

ومع هذا فهناك حالتان نصت عليهما المادة ٢/٤٤٦ مدني، يعفى البائع فيهما من الضمان كلية ، فلا يلزم برد قيمة المبيع . وهاتان الحالتان هما :

١- أن يكون المشتري عالماً بسبب الاستحقاق وقت التعاقد لأن رضاء المشتري بشرط عدم الضمان ، مع علمه بسبب الاستحقاق يدل على أنه قد أراد إعفاء البائع من كل مسؤولية عن هذا السبب . ويقع عبء إثبات علم المشتري على عاتق البائع . والعلم بسبب الاستحقاق لا يؤدي إلى إسقاط الضمان كلية ، إلا إذا اقترن به شرط عدم الضمان.

(١) عبد الوود يحيى ص ١٣٩ .

٢- أن يتضمن العقد ما يدل على أن المشتري قد اشترى مخاطراً وأنه يتحمل وحده نتائج استحقال المبيع للغير وهو ما عبر عنه المشرع بأن يكون المشتري قد اشترى ساقط الخيار . فإذا تضمن العقد بندا بهذا المعنى يعفى البائع من الضمان كلية لأن عقد البيع يكون في هذه الحالة من عقود الغرر التي تحمل الكسب والخسارة . ويتحقق هذا العرض في العمل إذا كان هناك شك حول ملكية شخص أجنبي للمبيع فيشتره المشتري بثمن زهيد أملاً في عدم ثبوت هذا الحق ويكون المشتري معرضاً لخسارة ما دفع إذا ثبت الحق^(١).

١٨٧- تقادم دعوى ضمان الاستحقاق :

تتقادم دعوى ضمان الاستحقاق بالتقادم الطويل وهو خمس عشرة سنة ، وتبدأ مدة التقادم من الوقت الذي يثبت فيه استحقاق كل المبيع أو جزء منه بصلور حكم نهائي به .

والدفع بالتقادم مما لا يتعلق بالنظام العام .

وهو دفع موضوعي ومن ثم لا يجوز التمسك به لأول مرة أمام محكمة

النقض .

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " القاعدة سواء في التقنين المدق القديم أو القائم أن التقادم

المسقط لا يبدأ سريانه إلا من الوقت الذي يصبح فيه الدين مستحق الأداء

(١) خميس خضر ص ٢٥٣ - عبد الودود يحيى ص ١٣٩ .

مما يستتبع أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط موقف إلا من وقت تحقق هذا الشرط ، وإذ كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة لهذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به لامن وقت رفع الدعوى بالاستحقاق " .

(طعن رقم ١٢٢ لسنة ٣٢ جلسة ١٠/٣/١٩٦٦)

٢- " إذا كان ضمان الاستحقاق التزاما شرطيا يتوقف وجوده على نجاح المتعرض في دعواه ، فإن لازم ذلك أن التقادم لا يسرى بالنسبة إلى هذا الضمان إلا من الوقت الذى يثبت فيه الاستحقاق بصدور حكم نهائى به ، ومن ثم فإن القول ببدء سريان التقادم بالنسبة لهذا الضمان فى ظل التقنين المدنى الملغى من وقت رفع الدعوى بالاستحقاق يكون على غير سند ، إذ أن حكم القانون فى هذه المسألة واحد فى التقنين القديم والقائم " .

(طعن رقم ٢٠٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ٢٩/٢/١٩٧٣)

٣- " المادة ٤٢٥ من القانون المدنى خاصة بضمان العيوب الخفية .

أما دعوى ضمان الاستحقاق فإنها لا تتقادم إلا بخمس عشرة سنة .

(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ٢٧/٤/١٩٧٨)

٤- الدفع بالتقادم من الدفع المتعلقة بموضوع الدعوى ، والثابت أن
الطاعن لم يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة الموضوع فإنه يعتبر سببا
جديدا لا يجوز التحدى به لأول مرة أمام محكمة النقض " .
(طعن رقم ٢١١ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٧)

النوع الثاني من الضمان :

١٨٧ مكررا - ضمان الاستحقاق إذا كان القرض بدون أجر :

سريان أحكام العارية :

رأينا أن المادة ٥٤٠ مدني تنص على أنه إذا استحق الشيء ، فإن كان
القرض بأجر ، سرت أحكام البيع ، وإلا فأحكام العارية .
ومفاد هذا النص أنه إذا كان القرض بدون فائدة فإنه يسرى على
استحقاق الشيء المقترض ما يسرى على استحقاق الشيء المعار .

وقد أوردت أحكام استحقاق الشيء المعار الفقرة الأولى المادة ٦٣٨
مدني بقولها : " لا ضمان على المعير في استحقاق الشيء المعار إلا أن
يكون هناك اتفاق على الضمان أو أن يكون المعير قد تعمد إخفاء سبب
الاستحقاق " وقد تناولنا شرح أحكام هذا الضمان عند تناول العارية في
بندی (١١٨ ، ١١٩) فتحيل إليهما في ذلك .

(الالتزام الرابع)
(ضمان العيوب الخفية)

١٨٨- الصلة بين أحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في عقد البيع وبين ضمان العيوب الخفية في عقد القرض :

لما كان عقد البيع هو العقد الرئيسى الذى يلتزم فيه البائع بنقل الملكية والحيازة ، فقد وضع فيه التقنين المدنى القواعد العامة لضمان العيوب الخفية فى المواد من (٤٤٧ حتى ٤٥٥) ، ولذلك فإن هذه القواعد وإن وردت فى عقد البيع إلا أنها لا تقتصر على عقد البيع وحده، وإنما تجاوز ذلك إلى كل العقود التى من شأنها نقل الحق ، فتعتبر تلك المواد بمثابة القواعد العامة فى أحكام العيوب الخفية تطبق على العقود الأخرى مع مراعاة النصوص الخاصة فى شأن كافة العقود، كعقد القرض والمقايضة والشركة والإيجار والمقاوله والهبة^(١).

ومن ثم فإن هذه القواعد العامة تنطبق على ضمان العيوب الخفية فى عقد القرض ، علما ما ورد بشأنه من أحكام خاصة فى المادة ٥٤١ مدنى الواردة فى عقد (القرض) . وترتبط على ذلك نعرض أولا للأحكام العامة فى ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع - بالقدر اللازم- ثم تتقل بعد ذلك إلى الأحكام الخاصة الواردة فى عقد القرض .

(١) السهنورى ص ٧١٢ وما بعدها - المستشار السيد خلف محمد عقد البيع فى ضوء الفقه وأحكام النقض الطبعة الثانية ص ٤٥٠ .

(أولا)

أحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في عقد البيع

١٨٩- المقصود بالعيوب الخفية :

تنص المادة ٤٤٧ مدني على أن : "١- يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه ، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ، أو من نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعدله ، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي ، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكدله خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه " .

كما تنص المادة ٤٤٨ مدني على أن : " لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه " (١) .

(١) وقد عرفت محكمة النقض العيب الخفي في ظل القانون المدني القديم بقولها : -

ويبين من هاتين المادتين أنه يجب أن يتوافر في العيب الخفى الشروط
الآتية :

الشرط الأول :

أن يكون العيب مؤثرا :

والعيب المؤثر الموجب للضمان هو العيب الذى يقع في مادة الشيء
المبيع ، فمعيار العيب موضوعى محض .

ويجب أن يكون من شأن العيب إما إنقاص قيمة المبيع أو إنقاص نفعه
بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبين في العقد أو مما هو ظاهر من
طبيعة الشيء ، أو الغرض الذى أعد له .

فقيمة الشيء ونفعه أمران متميزان ، فقد ينقص العيب من قيمة الشيء
دون أن ينقص من نفعه . كما إذا كان المبيع سيارة صالحة لجميع
الأغراض المقصودة ولكن بها عيب خفى في المقاعد أو في الغطاء أو في

"العيب الذى تترتب عليه دعوى ضمان العيوب الخفية وفقا للمادة ٣١٢
من القانون المدنى هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع فإذا
كان ما يشكو منه المشتري هو أن المبيع وجد مصنوعا من مادة غير المادة
المتفق عليها فذلك لا يحتر عيبا خفيا موجبا لضمانه . فالحكم الذى يؤسس
قضاءه بالفسخ على القول بوجود عيب خفى في المبيع هو مخالفة المادة التى
صنع منها للمادة التى دلت عبارات العقد صراحة على أنها كانت
الموضوع المحتر فيه يكون مخالفا للقانون متعينا نقضه " .

(طعن رقم ٥ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٨)

غير ذلك من أجزائها مما لا يؤثر مطلقا في صلاحيتها للسير والوفاء بجميع الأغراض المقصودة منها ، فإذا كان العيب مؤثرا بحيث ينقص من قيمة السيارة نقصا محسوسا كان للمشتري الرجوع على البائع بضمان العيب الخفى . وقد ينقص العيب من نفع الشيء دون أن ينقص من قيمته كما إذا كان المبيع آلة ميكانيكية فيها عيب خفى يجعلها غير صالحة لبعض المنافع ولكنها بالرغم من وجود هذا العيب فيها لاتزال محتفظه بقيمتها المادية ولو كان هذا العيب معروفا لما قلل من هذه القيمة^(١) .

والمقصود بالقيمة ، القيمة التي اعتاد الناس تقدير المبيع وأمثاله بها ، وليس المقصود به القيمة الخيالية التي قد يمثلها المشتري في المبيع بلا مرور . ومعنى ذلك أن القول في تقدير القيمة لا يكون قول المشتري بل العبرة في ذلك بالعادة والواقع^(٢) .

ويشترط لكي يكون العيب مؤثرا ، أن يكون قد بلغ قدرا من الجسامة والأهمية بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه . وأن يكون هذا النقص بدرجة لو علمها المشتري لما أقدم على الشراء ، أو لما اشترى إلا بثمن أقل مما دفعه^(٣) .

(١) السنهاورى ص ٧١٧ وما بعدها .

(٢) أحمد نجيب الهلال شرح القانون المدني في عقود البيع والحوالة والمقايضة الطبعة

الثانية ١٣٥٧ الهلالي هـ - ١٩٣٩ ص ٣٩٦ هامش (١) .

(٣) أحمد نجيب ص ٣٩٦ - عبد الودود يحيى ص ١٤٤ وما بعدها .

ولذلك نصت المادة ٤٤٨ مدق على أن : " لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه " . ومثال ذلك ما جرى به العرف من التسامح في بعض عيوب القمح من ناحية اشتماله على كمية قليلة من الأتربة . وتقدير جسامه العيب متروك لقاضى الموضوع يفصل فيه بحسب المعايير السابقة . فإذا لم يكن العيب مؤثرا فلا ضمان .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي بصدد شروط العيب :

" (ب) أن يكون مؤثرا بحيث ينقص من قيمة المبيع أو نفعه . ويرجع في تقدير ذلك إلى معيار مادي ، فينظر إلى قصد المتعاقدين كما هو مبين في العقد (أى إلى الإرادة الظاهرة) ، وإلى طبيعة الشئ ، وإلى الغرض الذى أعدله . فيعتبر أن هناك عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع عن صفة قرر البائع أنها موجودة فيه ، ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا كان العرف قد جرى على التسامح فيه " ^(١).

ويعتبر أيضا أن بالمبيع عيبا مؤثرا إذا خلا المبيع من صفة كفل البائع للمشتري وجودها فيه ولو لم يكن عيبا في المبيع بالمعنى السابق (م ٤٤٧/١ مدق) . وسواء كانت تلك الصفة جوهرية أو لم تكن كذلك . وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها أو لا يعلم ومن قبيل ذلك ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع مقررنا معنا من الغلة .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

"جرى قضاء محكمة النقض على أن المشرع وإن كان قد ألحق حالة تخلف الصفة التي كفلها البائع للمشتري بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، إلا أنه لم يشترط في حالة تخلف الصفة ما اشترطه في العيب الذى يضمنه البائع من وجوب كونه مؤثرا وخفيا إذ جعل مجرد عدم توافر الصفة في المبيع وقت التسليم موجبا للضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره ، سواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، وسواء كان يستطيع أن يتبين فواتها أو لا يستطيع " .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

وليس من الضروري أن تكون الصفات التي كفلها البائع للمشتري مذكورة صراحة في عقد البيع ، بل يكفي ذكرها ضمنا ، فالبيع بالعينة أو البيع طبقا لنموذج مفروض فيه أن يكون المبيع مطابقا للعينة أو للنموذج ، فإذا اختلفت المطابقة كان هذا عيبا مؤثرا موجبا للضمان ، ويرجع وجود العيب في هذه الحالة إلى اختلاف الصفات التي كفلها البائع للمشتري ضمنا بالبيع طبقا لعينة أو لنموذج ^(١) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدرا معينا من الربح يعتبر كفالة من المشتري لصفة في المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون

المدنى بقولها " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه " وتختلف الصفة التى كفل البائع وجودها فى المبيع وإن لم يكن عيبا فى المبيع بمعناه التقليدى الدقيق لأن العيب الخفى كما عرفته هذه المحكمة هو الآفة الطارئة التى تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع ، إلا أنه وقد ألحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، فإن رجوع المشتري على البائع فى حالة تخلف صفة فى المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ، ولا يكون للمشتري أن يرجع على البائع على أساس أنه قد أحل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان ، وإذا كان القانون قد اشترط فى العيب الذى يضمنه البائع أن يكون مؤثرا وخفيا إلا أنه لم يشترط ذلك فى حالة تخلف الصفة التى كفل البائع للمشتري وجودها فى المبيع ، فمجرد ثبوت عدم توافر هذه الصفة فى المبيع وقت التسليم موجب لضمان البائع متى قام المشتري بإخطاره وذلك أيا كانت أهمية الصفة التى تخلفت وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أولا يعلم ، ويستطيع أن يبينها أو لا يستطيع . لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض دعوى المشتري (طلب تخفيض ثمن العقار المبيع بنسبة ما طرأ على إيجاره من تخفيض) على أنه كان فى استطاعتها التحقق من حقيقة أجرة العقار المبيع مما اعتبر معه العيب غير خفى فلا تضمنه البائعة ، يكون قد أخطأ

في تطبيق القانون، مما يستوجب نقضه ، وإذ كان خطأه هذا قد حجبه عما دفعت به المطعون ضدها (البائعة) من سقوط حق الطاعنة (المشتري) في الرجوع عليها بالضمان طبقا للمادة ٤٥٢ من القانون المدنى وما أبدته الطاعنة من رد على هذا الدفع فإنه يتعين إعادة القضية إلى محكمة الموضوع".

(طعن رقم ٢٦٣ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٦٩/٥/١٥)

٣- " طبقا للفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ من القانون المدنى يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه ، وإذا كان الثابت أن الطاعن قد ضمن للمشتري في عقد البيع إغلال العقار قدر ما معنا من الربح فإن التزامه هذا يعتبر كفالة منه لصفة في المبيع يسأل عن تخلفها طبقا لحكم الفقرة المشار إليها وسواء كان المشتري يعلم بتخلفها وقت البيع أو لا يعلم ، يستطيع أن يبينها أو لا يستطيع " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٤- " ضمان البائع للمشتري إغلال العقار المبيع قدر ما معنا من الربح - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- يعتبر كفالة من المشتري لصفة في المبيع مما تعنيه المادة ٤٤٧ من القانون المدنى بقولها " يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم تتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التى كفل للمشتري وجودها فيه " وإذ كان البائع - مورث الطاعنين - قد ضمن إغلال

الدور الأول من العقار المبيع قدرا معينا من الربيع وقد روعى هذا التقدير في تحديد الثمن فإن تخلف هذه الصفة في المبيع يوجب إلزام البائع بالضمان".

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

الشرط الثاني :

أن يكون العيب قديما :

ويقصد بهذا الشرط أن يكون العيب موجودا وقت تسليم المبيع، فالبايع لا يضمن خلو المبيع من العيب إلا حين تسليمه ، وهذا واضح من نص الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدق التي تقضى بأ : يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم ... إلخ " .

غير أنه يستوى أن يكون العيب موجودا في المبيع وقت البيع وبقي إلى وقت التسليم ، أو يكون العيب قد حدث بعد البيع وقبل التسليم وبقي إلى وقت التسليم . أما إذا حدث العيب بالمبيع بعد أن تسلمه المشتري فإن البائع لا يكون ضامنا له ، ويتحمل المشتري قيمته أو يرجع على من عسى أن يكون مسئولاً عن إحداثه .

وعلى ذلك إذا كان المبيع معينا بالذات فالبايع يضمن أن يكون خاليا من العيوب وقت العقد ، ويضمن كذلك ألا تطرأ عليه عيوب في الفترة بين انعقاد العقد والتسليم . وإذا كان المبيع معينا بالنوع فالبايع ضامن

خلوه من العيوب عند إفرازه وانتقال الملكية بهذا الإفراز إلى المشتري، وهو ضامن ألا يطرأ عليه عيب بعد ذلك إلى حين تسليمه^(١). فضلا عن أنه لا يتصور أن يكون العيب لاحقا به وقت العقد، وإنما يتصور لحوق العيب به وقت أن تتعين ذاتيته، ولا يكون ذلك إلا بالإفراز الذى يقع عادة وقت التسليم. على أنه إذا تراخى التسليم عن الإفراز ولم يكن بالمبيع عيب خفى وقت إفرازه، ثم لحقه العيب فى الفترة ما بين الإفراز والتسليم، فإن البائع يكون مسئولاً فى هذه الحالة عن ضمان هذا العيب^(٢).

(١) السهورى ص ٧٢٢ وما بعدها - عبد الوود يحى ص ١٤١.

(٢) السهورى ص ٧٢٢ - وكان التقنين القدم ينص فى المادة ٣٢٣/٣٩٧ -

٣٩٨ على أن " لا يكون العيب موجبا للضمان إلا إذا كان قديما . والمراد بالعيب القدم العيب الموجود وقت البيع إذا كان عينا معينة أو العيب الموجود وقت تسليمه إذا لم يكن عينا معينة " .

وقد أخذ على هذا النص أنه إذ أعفى البائع من ضمان العيب الخفى الذى ينشأ فى المبيع القيمى فى الفترة ما بين العقد والتسليم، كان يتعارض مع نص المادتين ٣٧١/٢٩٧ و٣٧٢ اللتين كانتا تجعلان على البائع تبعه هلاك المبيع أو تلفه قبل التسليم .

وقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن للشرع فى التقنين الجديد لم يقصد تعديل حكم التقنين الملغى فى هذا الشأن وأنه لم ينظر إلى وقت التسليم فيما يتعلق بتوافر العيب بمحاه التقليدى الأصلى بل نظر إليه فقط فيما يتعلق بعدم توافر -

صفة معينة في المبيع ككفل البائع وجودها فيه وهي حالة الضمان التي استخدمها المشرع في التقنين الحالي فالنص يقول إن البائع يكون ملزما بالضمان " إذا لم يتوافر في البيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته " ، فهو يعين وقت تخلف الصفة التي كفل البائع وجودها ولا يعين وقت وجود العيب الذي ينقص من قيمة المبيع، أى أنه يترك أمر الوقت الذي يلزم وجود العيب فيه دون تحديده بوقت التسليم.

ومما يؤكد ذلك نص المادة ٢/٤٤٧ مدني على أن لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع ، إذ يفيد أن ضمان البائع العيوب يكون بالنسبة للعيوب الموجودة وقت البيع دون أن يعلم المشتري بها .

هنا إذ كان المبيع معينا بالذات. أما إن كان مثليا فلا يمكن تحقق العيب به طالما لم يتم تعيينه بالذات عن طريق فرز ، فيكفي وجود العيب به وقت فرزه ولو لم يتم تسليمه ولا يكفي وجود العيب به عند تسليمه إذا لم يكن قد وجد به عند فرزه .

كما يستند هذا الرأي إلى ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن شروط العيب بأن " يكون هذا العيب موجودا وقت البيع . وهذا ما يعبر عنه عادة بالعيب القديم " .

(سليمان مرقس ص ٣٩٤ وما بعدها - منصور مصطفى منصور البيع والمقايضة والإيجار سنة ١٩٥٧ ص ١٩٥ - الدكتور محمد لبيب شنب شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٢ ص ٢١٤ وما بعدها .

وقد يوجد سبب العيب أو جرثومته قبل التسليم ، ولكن العيب ذاته لا يحدث إلا بعد التسليم ، فإذا كان المبيع دابة مثلا ، فقد توجد فيها جرثومة مرض أو " ميكروب " المرض قبل أن يتسلمها المشتري ، ثم يحدث المرض بعد أن يتسلمها . فإذا أثبت المشتري ذلك فإن هذا العيب يعتبر في حكم الموجود وقت التسليم . وقد يكون بالغلل أو بالخشب بدء تسوس قبل التسليم ، ثم ينتشر السوس بعد التسليم فيعتبر العيب قديما^(١).

الشرط الثالث:

أن يكون العيب خفيا :

يقصد بالخفاء أن يكون العيب غير ظاهر وقت التسليم . ويعتبر العيب غير ظاهر إذا لم يكن في وسع المشتري أن يتبينه لو أنه فحص المبيع بعناية

ويستطرد هذا الرأي بأن ليس معنى عدم ضمان البائع العيب الذي يطرأ على المبيع فيما بين البيع (أو الفرز) والتسليم أن تبة هذا العيب تقع على عاتق المشتري ، بل إنه إذا أمكن اعتبار هذا العيب بمثابة هلاك جزئي فإن تبعته تقع على عاتق البائع طبقا للقاعدة التي تقضى بأن هلاك المبيع قبل التسليم يكون على البائع (م ٤٣٧ ملق) .

وأنه لا تناقض بين ذلك وبين نفى الضمان عن البائع ، لأن الضمان شيء وتحمل التبعة شيء آخر ، إذ الأول يستتبع مسؤولية البائع عن كافة الأضرار التي يسببها للمشتري في حين أن الثاني لا مسؤولية فيه ويقتصر أثره على فسخ العقد وإسقاط التزامات المشتري مقابل انقضاء التزامات البائع باستحالة الوفاء (مرقس ص ٣٩٥) .

(١) السنهاوري ص ٧٢٣ - مرقس ص ٣٩٦ - عبد الودود يحيى ص ١٤٢ .

الرجل العادى . فلا يكفى أن يكون العيب غير معلوم للمشتري ، إذا كان ذلك راجعا إلى إهماله فى فحص المبيع ، وإلى نقص خبرته عن مستوى الشخص العادى . فيجب أن يكون العيب من الخفاء بحيث لا يمكن تبيّنه إلا بواسطة خبير متخصص، كما إذا اقتضى تبيين العيب الالتجاء إلى وسائل فنية ليست فى مقدور الشخص العادى أو احتاج إلى معرفة متخصصة أو اقتضى تحليلا كميائيا أو نحو ذلك من الأبحاث التى لا يلجأ إليها الناس عادة فى المألوف من التعامل ، ولا يستطيعها على كل حال الرجل العادى ^(١).

ويختلف العيب باختلاف المبيع وطبيعته ، والمرجع فى ذلك هو قاضى الموضوع الذى يقدر ما يعتبر عيبا خفيا أو ظاهرا ، مراعى فى ذلك طبيعة المبيع وعرف الجهة وظروف التعاقد ومن الأمثلة العملية أن يظهر أن سقف المنزل المبيع قد تداعى للسقوط بفعل الحشرات، وأنه لم يكن من الممكن اكتشاف ذلك لأن الأخشاب مغطاة بالدخان ، أو لأن الأرض

(١) ويرى البعض أنه يؤخذ من اشتراط القانون فى علم المشتري الذى يتفق معه الضمان (كما سيلى) توافره وقت البيع أن هذا الشرط مقصور على حالة المبيع المعين بالذات ، لأن المبيع المعين بالنوع فقط لا يتصور تعينه كما لا يتصور هلاكه، وإذا كان ممكنا ثبوت العيب عند فرزهِ ، فإن توافر العلم بالعيب فى هذا الوقت كان غير متصور (مرقس ص ٣٩٩ - محمد ليب شنب ص ٢١٦).

المبيعة رديئة التربة بسبب كثرة ما فيها من الأملاح ، أو أن البذور لا تنبت شيئا عند بذرها في الأرض^(١).

ويستوى أن يكون البائع عالما بوجود العيب أو غير عالم به ، وهذا ما صرحت به الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدق من أن البائع يضمن العيب ولو لم يكن عالما بوجوده .

ويرى البعض أنه لا يكفي أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام ، بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب معين أو عيوب معينة^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي في صدد شروط ضمان العيب أنه:
" (ج) أن يكون خفيا ، ومعنى ذلك أن المشتري يكون غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه. أما إذا كان يعرف العيب وقت البيع (أو وقت الفرز في المثليات) أو كان من الظهور بحيث يستطيع أن يتبينه بنفسه لو أنه فحص المبيع بما ينبغى من العناية ، فإن العيب لا يكون خفيا ، ولا يضمنه البائع إلا إذا أثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب أو أثبت أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عن غش منه " ^(٣).

(١) عبد الوهود يحيى ص ١٤٢ .

(٢) السنهورى ص ٧٢٦ .

(٣) مجموعة الأعمال للتحضيرية ج٤ ص ١١٠ .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى استخلص الحكم المطعون فيه استخلاصا سائفا من وقائع الدعوى وملابساتها أن العيب الخفى الذى وجد بالمبيع يحمل المطعون عليهما خسارة لما يسببه من نقص فى قيمة المبيع ومنفعته وأنه لم يكن فى مقلورهما تبينه بعناية الرجل المعتاد ورتب الحكم على ذلك استحقاقهما للتعويض نظير ما فاتهما من كسب بفسخ العقد فإنه لا يكون قد خالف القانون أو شابه قصور " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٢- " يعتبر السبب خفيا متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه ، أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به بل كان يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا، أو كان من السهل اكتشافه بالفحص المعتاد وأثبت المشتري أن البائع قد أكد له خلو المبيع من هذا العيب ، أو أثبت أنه تعتمد إخفاء العيب غشا منه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد حصلت- فى استخلاص سائغ- من فهم الواقع فى الدعوى وجود عيب خفى فى المبيع هو وقوعه داخل خط التنظيم من قبل حصول البيع وأن المشتريين لم يتبينا وجود هذا العيب عند التعاقد لأنه لا يمكن ظهوره بمحرد فحص المبيع ذاته وأنهما لم يكن فى استطاعتهما أن يتبيناه بأنفسهما وقت الشراء لو بذلا عناية الرجل المعتاد- وأنهما لو علما بهذا العيب عند التعاقد لما أقدما على الشراء

وخاصة وقد أكد البائع خلو العقار المبيع من كافة الحقوق العينية ظاهرة أو مستترة فإن ما انتهت إليه المحكمة لا مخالفة فيه للقانون " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٢- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العيب في المبيع يعتبر خفيا متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا كان من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لا يتوافران في المشتري ، وكان العلم الذى ينتفى به ضمان العيب هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى وهو ما لا يكفى للدلالة عليه مجرد إقرار المشتري في عقد البيع بمعايته للمبيع المعانة التامة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع " .

(طعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٥/٢/٢٩)

٣- " من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن العيب يعتبر خفيا متى كان المشتري غير عالم به وغير مستطيع أن يعلمه أو إذا لم يكن من الممكن اكتشافه بالفحص المعتاد الذى تعارف الناس على القيام به كأن يتطلب خبرة خاصة وفحصا معينا لا يتوافران في المشتري ، وأن العلم الذى ينتفى به ضمان العيب هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى وهو ما لا يكفى للدلالة عليه مجرد إقرار المشتري في عقد البيع بمعايته المعانة التامة النافية للجهالة أو قلة ثمن المبيع ، لما كان ذلك ، وكان الطاعن الأول عن نفسه وبصفته قد تمسك بصحيفة استئنافه بأن المطعون ضدها استلمت الفيلتين موضوع النزاع دون تحفظ على النحو الثابت بعقد الصلح مما يعتبر قبولا

منها لهما بحالتهما ونزولا منها عن دعوى الضمان إلا أن الحكم المطعون فيه لم يواجه هذا الدفاع مع أنه دفاع جوهرى من شأنه - لو صح - أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى بما يعنيه بالقصور فى التسيب ويوجب نقضه " (١) .

غير أن العيب يعد خفيا يضمنه البائع إذا كان العيب يمكن للشخص العادى تبينه فى حالتين :

الحالة الأولى :

أن يكون البائع قد أكد للمشتري خلو المبيع من العيب (م ٢/٤٤٧ مدق) . ويشترط أن يكون هذا التأكيد صريحا ولم يقم المشتري بالفحص اعتمادا على ذلك التأكيد ، كما لو أكد البائع لمشتري السيارة أن استهلاكها من البنزين لا يجاوز حدا معينا ، فإن المشتري لا يكون مقصرا فى عدم فحص المبيع ويلزم البائع بضمان هذا العيب (٢) .

غير أنه يشترط فى هذه الحالة أن يكون التأكيد جديا يحمل معنى الضمان. أما إذا صدر من البائع على سبيل الترويج والدعاية لبضاعته فإنه لا يعفى المشتري من فحص المبيع فلا يلقى على البائع ضمان العيب مادام

(١) منشور مؤلف المستشار السيد خلف محمد ص ٤٥٥ وما بعدها .

(٢) ويرى البعض أنه لا يكفى أن يؤكد البائع للمشتري خلو المبيع من العيوب بوجه عام بل يجب أن يؤكد خلو المبيع من عيب أو عيوب معينة بالذات (السنهورى ص ٧٢٦) .

ممكنا تبيته ويمكن القول بأن هذا التأكيد يكون بمثابة اتفاق ضمني بين المتبايعين على أن البائع يضمن هذا العيب بالنسبة للمشتري إذا ظهر بالمبيع^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض بأن :

١- " متى كان الحكم المطعون فيه قد استند في قضائه بفسخ البيع إلى وجود عيب خفى بالمبيع أكد البائع في العقد خلوه منه مما يعد إخلالا بالتزامه بالألا يكون المبيع محملا بتكليف أو مشوبا بعيب خفى وفقا للمادة ١/١٥٧ من القانون المدنى فإنه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ قى جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

٢- " لئن كان الأصل أن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان خفيا إلا أن المشرع استثناء من هذه القاعدة يجعل البائع ضامنا ولو كان العيب ظاهرا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو العين المبيعة من العيب " .

(طعن رقم ٥١ لسنة ٣٣ قى جلسة ١٩٦٧/١/٢٦)

الحالة الثانية :

إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه . وقد أراد المشرع بذلك أن يحرم البائع من الاستفادة من غشه ولو كان المشتري قد

أهمل في فحص المبيع . ومثال ذلك أن يكون بمحرك السيارة كسر ملحوم
وتعتمد البائع إخفاءه بالطلاء حتى لا يتبينه المشتري . ففى مثل هذا الفرض
يكون البائع ضامنا إذا لم يتبين المشتري العيب حتى لو كان رجل الخبرة
العادى يستطيع أن يتبينه ^(١) .

الشرط الرابع :

ألا يكون العيب معلوما للمشتري وقت البيع :

وقد نصت على هذا الشرط الفقرة الثانية من المادة ٤٤٧ مدق بقولها:
" ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التى كان المشتري يعرفها وقت البيع
..... إلخ " .

وهذا شرط مستقل عن شرط الخفاء . فقد يكون العيب خفيا يصعب
على الشخص العادى اكتشافه ، ومع ذلك يكون المشتري على علم به .
بأن استعان مثلا بأحد الخبراء عند فحص المبيع . والعلة فى ذلك أن إقدام
المشتري على الشراء مع علمه بالعيب يدل على أنه رضى بالشئ على ما
هو عليه عند التعاقد وأدخله فى حسابه عند تقدير الثمن .
ويجب أن يكون العلم يقينا لا علم على سبيل الخس .
وتطبيقا لذلك قضت محكمة النقض بأن :

١- " إن العلم المراد للشارع فى المادة ٣٢٤ من القانون المدق هو
العلم الحقيقى دون العلم بالتشكيك ، فإذا كانت محكمة الاستئناف قد

(١) حميس محضر ص ٢٥٨ - سليمان مرقس ص ٤٠١ .

رأت مما حصلته من فهم الواقع في الدعوى أن المشتري ما كان يعلم حقا، عند تحريره خطابا للبائع منه يخبره بما ظهر من العيب في البنور التي اشتراها، أن هذه البنور معيبة بذلك العيب القدم الخفى الذى يستلزم فسخ البيع ورد الثمن وإلزام البائع بما قد يلزمه قانونا من التضمنات، وأنه لم يعلم به إلا من تقرير خبير دعوى إثبات الحالة، ثم قبلت المحكمة دعوى الضمان التى رفعها المشتري بعد تقديم تقرير الخبير بثلاث أيام ورفضت الدفع بسقوطها على اعتبار أن العلم بالعيب الذى ينم عنه خطابه الذى أرسله للبائع لم يكن علما حقيقيا ، فإنها تكون قد أصابت في قبول الدعوى ورفض الدفع بسقوطها" .

(طعن رقم ٧٦ لسنة ٧٦ لسنة ٤ ق جلسة ١٩٣٥/٤/١١)

٢- " العلم المستقط لدعوى الضمان للعيب الخفى هو العلم الحقيقى دون العلم الافتراضى، ومن ثم فإن نشر مرسوم اعتماد وقوع العقار المبيع داخل خط التنظيم بالجريدة الرسمية لا يدل بناته على علم المشتري بهذا العيب " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

ويقع على عاتق البائع إثبات علم المشتري بالعيب . وله إثبات ذلك بكافة طرق الإثبات القانونية باعتبار محل الإثبات واقعة مادية .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" مادام الحكم قد انتهى إلى أن العيب الذى لحق المبيع كان خفيا فإنه إذا ألقى على البائع عبء إثبات أن المشتري كان يعلم وقت استلام المبيع بهذا العيب وأجاز له إثبات ذلك بكافة الطرق ، وإذا ألزم البائع بضمان هذا العيب بعد أن عجز عن إثبات هذا العلم فإن الحكم لا يكون مخالفا للقانون ذلك أنه متى كان العيب خفيا فيفترض أن المشتري لا يعلم به فإذا أراد البائع التخلص من الضمان فعليه هو عبء إثبات أن المشتري كان يعلم بالعيب وقت تسليم المبيع " .

(طعن رقم ٣٨٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٦/١٠/٢٠)

وإذا كان العيب من الذبوع والانتشار بحيث يكون من المعقول أن المشتري يتوقع أنه يلحق المبيع ، فالمفروض أن المشتري يعلم بمثل هذا العيب، ويكون عليه هو عبء إثبات أنه كان يجمله. ويجس إذن في هذه الحالة أن يشترط المشتري على البائع ضمان مثل هذا العيب إذا أراد أن يتخلص من عبء الإثبات . ويفرض في الأشياء المستعملة - إذا بيعت أنها لا تخلو من العيوب المألوفة في الأشياء القديمة . فإذا ادعى المشتري أنه لم يكن يعلم بعبء من هذه العيوب المألوفة فعليه هو عبء إثبات ذلك، إلا إذا اشترط على البائع ضمانها بالذات . على أن هذا مقصور على العيوب المألوفة في الأشياء القديمة ، أما ما كان من العيوب غير مألوف فعبء الإثبات فيه يقع على البائع لا على المشتري ^(١) .

(١) الستهورى ص ٧٢٧ الهامش وما بعدها .

والوقت الذى يعتد فيه بعلم المشتري بالعيب ، هو وقت البيع ، فإذا كان المشتري يعلم بالعيب فى ذلك الوقت سقط حقه فى الرجوع على البائع بالضمان ، لأن قبوله للمبيع مع علمه بالعيب يفترض معه أن المشتري أدخل العيب فى اعتباره عند تقدير الثمن. أما العلم اللاحق على إبرام البيع ، فلا يؤثر على التزام البائع بضمان هذا العيب^(١).

وينذهب رأى الغالب إلى أن هذا الشرط لا يكون إلا إذا كان المبيع معينا بذاته . أما إذا كان المبيع معينا بنوعه ، فلا يتصور أن يكون المشتري عالما وقت البيع بما فيه من عيب ، لأن المبيع لم يحدد إلا بعد ذلك الوقت . فلماذا تحدد المبيع بالإفراز ، وكان المشتري وقت الإفراز عالما بما فيه من عيب . فإن البائع لا يكون ضامنا لهذا العيب^(٢).

(١) سليمان مرقس ص ٣٩٩ - عبد الودود يحيى ص ١٤٣ - حميس خضر ص ٢٥٩ .

(٢) سليمان مرقس ص ٣٩٩ - عبد الودود يحيى ص ١٤٤ - حميس خضر ص ٢٥٩ - الدكتور محمد ليب شنب شرح أحكام عقد البيع ١٩٦٢ ص ٢٢٥ - وعكس ذلك الستهورى ص ٧٢٨ فهو يرى أن العيب الموجود فى المبيع وقت البيع ، يجب حتى يضمنه البائع، أن يكون المشتري لا يعلمه لا وقت البيع ولا وقت التسليم ، فإذا أثبت البائع أن المشتري كان يعلمه فى أى وقت من هذين الوقتين لم يكن ضامنا. أما العيب الذى حدث ما بين البيع والتسليم ، فيجب أن يثبت البائع حتى يسقط عنه الضمان أن المشتري كان عالما به وقت التسليم، فإذا لم يثبت ذلك افترض أن المشتري كان وقت أن تسلم المبيع غير عالم به ووجب الضمان .

ولا يمنع من طلب الفسخ للعب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة .

وفى هذا قضت محكمة النقض بأن :

" مجال تطبيق المادة ٤١٩ من القانون المدنى هو حالة حصول غلط فى المبيع ، أما حالة ظهور العيوب الخفية فيحكمها نص المادة ٤٤٧ من القانون المذكور . ومن ثم فلا يمنع من طلب الفسخ للعب الخفى أن يكون المشتري قد أقر عند تسلم المبيع بأنه عاينه معاينة نافية للجهالة " .

(طعن رقم ٦ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٦٢/٦/١٤)

أما علم البائع أو عدم علمه ، فلا يؤثر على مبدأ وجوب الضمان .
ولذلك نصت الفقرة الأولى من المادة ٤٤٧ مدنى على أن : " ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن علما بوجوده " .

١٩٠- ييوع لا ضمان فيها للعب الخفى :

تنص المادة ٤٥٤ مدنى على أنه : " لا ضمان للعب فى البيوع القضائية ولا فى البيوع الإدارية إذا كانت بالمزاد " ، والسبب فى ذلك أن البيع بالمزاد ، سواء من جهة القضاء أو من جهة الإدارة قد أعلن عنه ، وأتيحت الفرصة للمزايدين أن يفحصوا الشئ قبل الإقدام على الزيادة ، فيحسن بعد أن اتخذت كل هذه الإجراءات ألا يفسخ البيع لسبب كان

يمكن توقيه، فتعاد إجراءات طويلة بمصروفات جديدة يتحمل عبئها المدين^(١).

وعلى كل حال فهذا الاستثناء لا يعنينا بالنسبة للضمان في عقد القرض. وفيما عدا ما تقدم يتحقق الضمان في أى بيع آخر وارد على عقار أو منقول مادي أو غير مادي .

١٩١- وجوب مبادرة المشتري إلى فحص المبيع وإخطار البائع بالعيب :

تنص المادة ٤٤٩ مدني على أنه :

" ١- إذا تسلم المشتري المبيع ، وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف في التعامل ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع .

٢- أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيب " .

وبين من هذا النص أن المشرع يفرق بين حالة ما إذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد وحالة ما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد .

فإذا كان العيب مما يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد . فقد أوجب على المشتري أن يتحقق من حالته بالفحص المعتاد ، والمقصود بالفحص

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ-ص ١٢٩ .

المعتاد هنا الفحص الذى يقوم به الشخص العادى عندما يتسلم شيئا اشتراه ، والمفروض أن يكون أكثر دقة من الفحص المعتاد الذى يجب على المشتري أن يقوم به وقت العقد . فإذا كشف هذا الفحص عن عيب فى المبيع وجب على المشتري أن يخطر البائع بذلك خلال مدة معقولة . وقاضى الموضوع هو الذى يستقل بالفصل فيما إذا كان الإخطار قد تم خلال مدة معقولة أم بعد ذلك دون رقابة عليه من محكمة النقض . أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد، ثم كشفه المشتري ، وجب عليه أن يخطر به البائع بمجرد ظهوره ، وإلا اعتبر قابلا للمبيع، وسقط حقه فى الضمان .

وتبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأى سبب كان (م ٤٥١) .

١٩٢- أحكام ضمان العيوب الخفية فى عقد البيع :

لم يضع المشرع أحكاما خاصة تحدد ما يرجع به المشتري على البائع فى حالة وجود عيب خفى وإنما اكتفى بالنص فى المادة ٤٥٠ مدنى على أنه : " إذا أخطر المشتري البائع بالعيب فى الوقت الملائم، كان له أن يرجع بالضمان على النحو المبين فى المادة ٤٤٤ " . وهذه المادة الأخيرة هى التى تحدد أحكام الضمان فى الاستحقاق الجزئى .

ووفقا لهذه الأحكام - والتى عرضناها فيما سلف - تجب التفرقة بين

العيب الجسيم والعيب غير الجسيم .

فإذا كان العيب جسيما ، أنقص من قيمة المبيع أو نفعه بدرجة لو علمها المشتري لما أقدم على التعاقد ، جاز للمشتري رد المبيع للعيب وما أفاده منه ، ويحكم له بالمبالغ المنصوص عليها بالمادة ٤٤٣ .

أما إذا كان العيب غير جسيم ، فليس للمشتري رد المبيع إلى البائع ، بل يتعين عليه الاحتفاظ به مقابل تعويض ما أصابه من ضرر بسبب ظهور هذا العيب في المبيع . فإذا كان المشتري لم يصبه ضرر ما بسبب العيب كسأن يثبت أن المشتري باع المبيع المعيب بثمن يجاوز الثمن الذى اشتراه بمقدار الربح المعقول في مثل هذا المبيع دون أن يرجع عليه مشتريه بضمان العيب . فإنه لا يكون له حق في أى تعويض نظرا لانتفاء الضرر ^(١) .

(راجع في التفصيل أحكام ضمان الاستحقاق) .

١٩٢- تقادم دعوى ضمان العيب الخفى :

تنص المادة ٤٥٢ مدنى على أن :

" ١- تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم

المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان لمدة أطول .

٢- على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتما المقادم إذا ثبت

أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه " .

(١) سليمان مرقس ص ٤٠٦ وما بعدها .

وكانت مدة سقوط دعوى الضمان بالتقادم في التقنين الملقى (م/٣٢٤) ٤٢٠ ثمانية أيام من وقت العلم بالعيب الخفى . إلا أن المشرع راعى في التقنين الجديد أن هذه المدة قصيرة لا تكاد تنسج لرفع الدعوى فنص على أن التقادم لا يتم إلا بانقضاء سنة من وقت تسليم المبيع حتى لو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ، فأطال المدة إلى سنة ولكنه جعلها تسرى من وقت التسليم لا من وقت العلم بالعيب . وهذا أكثر تحقيقا لاستقرار التعامل ، إذ في وقت التسليم يصبح من الممكن للمشتري أن يفحص المبيع ليتبين ما إذا كان فيه عيب موجب للضمان^(١).

ولم يذكر المشرع أن مدة السنة تبدأ من وقت التسليم (الفعلى) كما ذكر في المادة ٤٣٤ مدنى الخاصة بسقوط الدعاوى الناشئة عن العجز والزيادة في المبيع . ولذلك كان يمكن القول بأن المقصود بالتسليم في المادة ١/٤٥٢ مدنى ، هو وضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستول عليه استيلاء ماديا . ولكن يبدو رغم ذلك أن المقصود بالتسليم الذى تبدأ به مدة التقادم هو التسليم الفعلى للمبيع ، لأنه الذى يهئ الفرصة للمشتري لكى يفحص المبيع ويكشف ما به من عيب . وهذا ما يقول به غالبية الشراح^(٢).

(١) مذكرة المشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٢٤ .

(٢) السنهورى ص ٧٥٢ هامش (١) - عبد الودود يحيى ص ١٤٨ - سليمان

مرقس ص ٤١٢ - حميس خضر ص ٢٦٥ .

ومدة السنة هي مدة تقادم لا مدة سقوط ، فتسرى عليها أحكام انقطاع التقادم ، فتقطع مثلا بالمطالبة القضائية وبإقرار البائع بمسئوليته ، ولكنها لا تقف في حق من لا تتوافر فيه الأهلية وفي حق الغائب ولا في حق من حكم عليه بعقوبة جنائية . وإنما تقف كلما وجد مانع يتعذر معه على المشتري أن يطالب بحقه ولو كان المانع أدنيا^(١) .
غير أن هذه المدة يجوز أن تزيد على سنة في حالتين :

الحالة الأولى :

أن يقبل البائع الالتزام بالضمان لمدة أطول من السنة (م ١/٤٥٢ مدني) . غير أنه يجوز بعد تمام السنة أن ينزل البائع ولو ضمناعن التقادم بعد أن اكتمل وفقا للقواعد العامة (م ٢/٣٨٨ مدني) .

الحالة الثانية :

إذا أثبت المشتري أن البائع قد تعمد إخفاء العيب عنه غشا . فعندئذ تكون مدة التقادم خمس عشرة سنة من وقت البيع لا من وقت التسليم رجوعا إلى الأصل في التقادم (م ٣٧٤ مدني) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

١- " لا يجوز للبائع طبقا للفقرة الثانية من المادة ٤٥٢ من القانون المدني أن يتمسك بمدة السنة لتتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب

(١) السهوري ص ٧٥٢ - سليمان مرقس ص ٤١٢ .

غشا منه ، وإذ كان المشرع قد ألحق حالة تخلف الصفة بالعيب الخفى وأجسرى عليها أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان ، بأن جعل للمشتري الرجوع على البائع فى هذه الحالة بدعوى ضمان العيوب الخفية ، تحقيقا لاستقرار المعاملات ، فإن الحكم المطعون فيه إذ أقام قضاءه برفض الدفع بسقوط الدعوى على أساس تعمد البائع إخفاء هذا العيب غشا منه ، فإنه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه ، ذلك أن مدة التقادم تكون فى هذه الحالة خمس عشرة سنة أخذنا بالأصل العام المعمول به بشأن مدة التقادم " .

(طعن رقم ٨١ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧٠/٤/٢٣)

٢- مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع ، غير أنه إذا تعمد البائع إخفاء العيب عن غش منه فلا تسقط دعوى الضمان فى هذه الحالة إلا بمضى خمس عشرة سنة من وقت البيع . ولما كان يبين مما قرره الحكم أنه رغم أن البائع - مورث الطاعنين - كان يعلم أن الدور الأول من العقار المبيع كان موجرا من قبل بمبلغ ثمانية جنيهاات شهريا فإنه ضمن للمشتريين المطعون عليها الثانية ومورث المطعون عليها الأولى- أن العقار يغل قدرأ أكبر من الربيع إذ استأجر منهما الدور بمبلغ ٣٥ ج شهريا لمدة ثلاث سنوات من تاريخ التوقيع على العقد النهائى على أن تكون

الأجرة ٣٠ ج شهريا بعد انتهاء هذه المدة مما جعل المشتريين يقبلان على تحديد ثمن العقار بمبلغ ٨٥٠٠ ج ، ثم أقام ورثة البائع دعوى قضى فيها بتخفيض الأجرة وخلص الحكم من ذلك إلى أن المبيع به عيب خفى تعمد البائع إخفاءه عن المشتريين غشا منه واستند إلى أسباب سائفة تكفى لحمله في هذا الخصوص، وكان الحكم فيما أورده على النحو سالف الذكر قد بين عناصر الغش الذى نسبته إلى البائع وكيف أنه تعمد إخفاء العيب ، وإذ رتب الحكم على ما انتهى إليه أن مدة تقادم دعوى الضمان في هذه الحالة تكون خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وأن هذه المدة لم تنقض بعد حتى رفع الدعوى، فإن الحكم المطعون فيه لا يكون قد أخطأ في تطبيق القانون .

(طعن رقم ٦٠٨ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٥/١٠/٢٨)

٣- النص في المادة ١٢٠ من القانون المدنى على أنه " إذا وقع المتعاقد في غلط جوهري جاز له أن يطلب إبطال العقد إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في هذا الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه وفي المادة ١٢١ منه على أن " يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.. " وفي المادة ١٤٠ على أنه " يسقط الحق في إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات ويبدأ سريان هذه المدة في حالة نقص الأهلية من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب وفي حالة الغلط أو التدليس من اليوم

الذى ينكشف فيه ... " فإن مفاد هذه النصوص أن مدة التقادم المنصوص عليها في المادة ١٤٠ مدى لا تسرى إلا إذا كان العيب جسيما بحيث لو علم به المتعاقد وقت العقد لما تعاقد عليه وأن يكون المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط بأن كان يجهل وجود هذا العيب أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبينه، والنص في المادة ٤٤٩ من القانون المذكور على أنه " إذا تسلم المشتري المبيع وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك وفقا للمألوف في التعامل فإذا اكتشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة فإن لم يفعل اعتبر قابلا للمبيع". وفي المادة ٤٥٢ منه على أنه " تسقط بالتقادم دعوى الضمان إذا انقضت سنة من وقت تسليم المبيع ولو لم يكشف المشتري العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل البائع أن يلتزم بالضمان مدة أطول على أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بالسنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه" مفاده أن دعوى ضمان العيب في الشيء المبيع تسقط إما بعدم إخطار المشتري البائع بالعيب في الوقت الملائم لإمهاله في فحص الشيء أو الإخطار عنه، وإما بإنقضاء سنة من وقت تسليم المبيع ولو وقع الإخطار أو لم يعلم المشتري بالعيب إلا بعد ذلك ما لم يكن هناك غش من البائع بأن تعمد إخفاء العيب " .

(طعن رقم ٣٥٧ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١)

٤- (أ) - "مفاد نص المادة ٤٥٢ من القانون المدنى أن الالتزام بضمان العيوب الخفية يسقط بمضى سنة من وقت تسلم المشتري للمبيع ما لم يكن البائع قد تعبد بإخفاء العيب عن غش منه " .

(ب) - " إذ كان الين من الأوراق أن الطاعنين قد أثبتوا على وجه حافظى مستنداتهما المقدمتين لمحكمة الاستئناف بملسى ١٩٨٦/١١/٨ ، ١٩٨٧/١١/٩ دفاعا حاصله تمسكهم بسقوط دعوى الضمان بالتقادم عملا بالمادة ٤٥٢ من القانون المدنى لفوات أكثر من سنة من تاريخ تسلم المطعون عليه الأول الشقتين المبيعتين له والذي تم بتاريخ ١٩٧٦/١/١٢ مستدلين على ذلك بإقرار صادر منه وكان هذا الدفاع جوهريا من شأنه لوصح أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ... دون أن يعرض الحكم المطعون فيه لهذا الدفاع الذى أبداه الطاعنون لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ويعنى بتمحيصه فإنه يكون معيا " .

(طعن رقم ٣٧١٢ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٠)

غير أنه لايجوز الاتفاق على إتقاص مدة تقادم دعوى الضمان لأن الأصل أنه لايجوز الاتفاق على تعديل مدد التقادم . والاستثناء الذى أوردته المادة ١/٤٥٢ مدنى خاص بإطالة مدة التقادم فقط .

ومع ذلك ذهب بعض الشراح إلى جواز الاتفاق على إتقاص مدة التقادم ^(١) ، باعتبار أن مثل هذا الاتفاق يعتبر اتفاقا على تعديل أحكام

(١) الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي محاضرات فى العقود الجزء الثانى عقد البيع

الضمان واستنادا إلى ما جاء بمذكرة المشروع التمهيدي من أنه : " ما تقدم من أحكام الضمان ليس من النظام العام . فيحوز الاتفاق على زيادة الضمان (كما لو اشترطت مدة أطول من سنة لرفع الدعوى) أو على إنقاصه (كما لو اشترطت مدة أقل من سنة إلخ " ^(١) .

١٩٤. الاتفاق على تعديل أحكام الضمان :

تنص المادة ٤٥٣ مدني على أن : يجوز للمتعاقدين باتفاق خاص أن يزيلا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا ، إذا كان البائع قد تعمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه " .

فأحكام ضمان العيوب الخفية - كالشأن في ضمان الاستحقاق - مما لا يتعلق بالنظام العام ، ومن ثم يجوز للمتعاقدين الاتفاق على تعديلها ، إما بزيادة الضمان أو بإنقاصه أو بإسقاطه .

وزيادة الضمان تكون بتعديل شروط العيب أو مقدار التعويض المستحق عند تحقق الضمان . كأن يتفق على أن يضمن البائع العيب أيا كانت درجة جسامته ولو كان مما جرى العرف على التسامح فيه ، أو أن يتفق على أن يكون للمشتري الحق في رد المبيع إلى البائع والحصول على التعويض الكامل كما لو كنا بصدد استحقاق كلي ولو لم يكن العيب جسيما .

(١) مجموعة الأحكام التحضيرية ج٤ ص ١٢٧ .

وإنقاص الضمان يتعلق أيضا بشروط العيب أو مقدار التعويض كأن يتفق على ألا يضمن البائع العيب إلا إذا كان على درجة معينة من الجسامة أو أنه لا يضمن عيبا معينا كعدم ثبات صفة القماش المبيع أو أن يتفق على أن يقتصر حق المشتري على التعويض مع الاحتفاظ بالمبيع ولو كان العيب جسيما، وإسقاط الضمان يكون باشرط البائع على المشتري عدم ضمانه لأى عيب يظهر فى المبيع ويصح هذا الشرط ، فلا يكون البائع ضامنا لأى عيب يظهر فى المبيع حتى لو كان يعلم بوجود عيوب معينة ولكنه لم يعتمد إخفاءها عن المشتري .

فشرط إسقاط الضمان لا يصح إذا كان البائع عالما بعيب فى المبيع وتعتمد إخفاءه عن المشتري غشا منه ، لأنه يكون فى هذه الحالة قد اشترط عدم مسئوليته عن الغش وهذا لا يجوز . ومثل ذلك أن يكون العيب ناشئا من فعل البائع ^(١).

١٩٥- ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة :

تنص المادة ٤٥٥ مدنى على أنه :

" إذا ضمن البائع صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة ثم ظهر خلل فى المبيع ، فعلى المشتري أن يخطر البائع بهذا الخلل فى مدة شهر من

(١) السنهورى ص ٧٥٩ وما بعدها - خميس محضر ص ٢٦٦ وما بعدها -

عبد الودود يحيى ص ١٥٠ وما بعدها .

ظهوره وأن يرفع الدعوى في مدة ستة شهور من هذا الإخطار، وإلا سقط حقه في الضمان، كل هذا ما لم يتفق على غيره " .

فبعد أن عرض القانون المدق لضمان العيوب الخفية في المواد من ٤٤٧ إلى ٤٥٤ مدنى ، أضاف حكما آخر في المادة ٤٥٥ سالفه الذكر خاصا بضمان صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة . وهذا الحكم كثير الوقوع في الحياة في بعض الأشياء البقية الصنع السريعة الخلخل كالآلات الميكانيكية والسيارات والساعات وأجهزة التليفزيون والثلاجات وغيرها حيث يضمن البائع للمشتري صلاحية المبيع مدة معينة كسنة أو سنتين أو أقل أو أكثر ، يكون البائع خلالها مسئولاً عن أى خلل يطرأ على المبيع، وفي هذه الحالة يحصل المشتري من البائع على شهادة صلاحية للمدة المتفق عليها.

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" هذا نص جديد ، نقل عن المشروع الفرنسى الإيطالى، ولانظيره في التقنين الحالى . ويقصد به ضمان صلاحية المبيع في الأشياء الدقيقة (كالآلات الميكانيكية والسيارات ونحو ذلك) " (١).

ويختلف هذا الضمان عن ضمان العيوب الخفية وتختلف الصفة التى كفل البائع للمشتري وجودها في المبيع من النواحي الآتية :

١- أن هذا الضمان شامل لأى نوع من الخلخل حتى ولو لم يكن هذا عيبا ، فيكفى ألا يكون المبيع صالحا للاستعمال حتى يتحقق الضمان .

(١) بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ١٣٠ .

وهذا الضمان لا يمنع ضمان البائع للعيوب الخفية طبقاً للأحكام التي أوضحنها ، فيضمن ظهور عيب في المبيع ولو لم يكن من شأنه جعل المبيع غير صالح كالعيب في طلاء الساعة الخارجى ، وذلك ما لم يكن عدم الصلاحية للعمل راجعاً إلى المشتري ، كأن تسقط الساعة من يده فتكسر .

٢- أن هذا الضمان يقترب عدة يكون البائع خلالها مسئولاً عن الضمان .

٣- أن المدة التي يجب فيها أن ينظر المشتري البائع بالخلل هي شهر من وقت ظهوره .

إلا أنه لما كانت أحكام الضمان لا تتعلق بالنظام العام ، فإنه يجوز الاتفاق بين الطرفين على مدة أكثر أو أقل من شهر^(١) .

٤- أنه يجب رفع هذه الدعوى خلال ستة أشهر من وقت إخطار البائع بالعيب والمدة هنا مدة سقوط وليست تقادم . ويجوز الاتفاق على إطالتها أو إنقاصها . لأنها لا تتعلق بالنظام العام .

٥- أن الضمان هنا هو قيام البائع بإصلاح المبيع ، فإذا لم يكن المبيع قابلاً للإصلاح أبداً لم يمثّل له يكون صالحاً^(٢) .

(١) السهورى ص ٧٥٩ .

(٢) السهورى ص ٧٦٠ - منصور مصطفى منصور ص ٢١١ - جميل الشرفاوى

محاضرات في عقد البيع ١٩٥٦/١٩٥٧ ص ٢٩٠ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" فإذا وجد شرط صريح بضمان البائع لصلاحية المبيع للعمل مدة معلومة ، ثم ظهر خلل أثناء هذه المدة ، فالواجب أن يخطر المشتري البائع في مدة شهر من ظهور الخلل وإلا سقط حقه في الضمان ، وأن يرفع الدعوى في مدة سنة من هذا الإخطار . ويجوز رفع الدعوى مباشرة وتعتبر صحيحتها إخطارا كافيا ، ولكن المشتري يعرض نفسه لتحمل مصروفات الدعوى إذا سلم البائع بحقه .

ويلاحظ أن ميعاد الإخطار في هذه الحالة الخاصة قد تحدد بشهر ، بخلاف حالة ضمان العيب بوجه عام حيث نص على أن الإخطار يكون في الوقت الملائم . وغنى عن البيان أنه يجوز الاتفاق على تعديل ميعاد الشهر وميعاد السنة " (١).

١٩٦- حالة إلى مؤلفات عقد البيع في بيان باقى أحكام ضمان العيوب الخفية :

تناولنا فيما سلف معظم أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع، وهى التى تيسر لنا تناول أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد القرض . أما باقى الأحكام الأخرى فيرجع فى شأنها إلى مؤلفات عقد البيع.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٣٠ وما بعدها .

(ثانياً)
أحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص
عليها في عقد القرض

١٩٧- النص القانوني :

المادة (٥٤١) مدني :

- " ١- إذا ظهر في الشيء عيب خفي وكان القرض بغير أجر واختار
المقترض استبقاء الشيء ، فلا يلزمه أن يرد إلا قيمة الشيء معيباً .
٢- أما إذا كان القرض بأجر أو كان بغير أجر ، ولكن المقترض قد
تعمد إخفاء العيب ، فيكون للمقترض أن يطلب إما إصلاح العيب ، وإما
استبدال شيء سليم بالشيء المعيب " .

١٩٨- (أ)- ضمان العيوب الخفية في القرض بأجر :

إذا كان القرض بأجر ، ووجد بالشيء المقترض عيب خفي تتوافر فيه
الشروط التي عرضنا لها سلفاً والمتصوص عليها في عقد البيع ، كان
للمقترض طلب التعويض عن الضرر الذي سببه هذا العيب .
ويكون التعويض بأحد أمرين :

الأمر الأول :

إصلاح العيب الموجود بالشيء المقترض ، إذا كان الإصلاح ممكناً ،
كما لو كان الشيء المقترض غلالاً خالطها تراب لا يظهر بالفحص ويزيد
على القدر المألوف فعندئذ يلتزم المقترض بتقوية الغلال من التراب
وتعويض التراب بمقداره من الغلال النظيفة .

الأمر الثاني :

إذا كان إصلاح الشئ غير ممكن فيحوز للمقترض أن يطلب استبدال شئ سليم بالشئ المعيب ، كما لو كان الشئ المقترض نقودا تبين أنها زائفة ، فإن المقرض يلزم بتسليم المقترض نقودا أخرى سليمة .

١٩٩- (ب)- ضمان العيوب الخفية في القرض بدون أجر :

إذا كان القرض بدون أجر، وظهر عيب في الشئ المقترض، فلا يلزم المقرض بأن يسلم المقترض شيئا آخر مماثلا سليما بدلا منه .
غير أن المقترض لا يلتزم أن يرد إلا قيمة الشئ معيبا أو الشئ المعيب ذاته .

أما إذا كان المقرض قد تعمد إخفاء العيب ، فإنه يكون للمقترض اتباع أحد الأمرين المخولين للمقترض إذا كان القرض بأجر وهما : إما إصلاح العيب الموجود بالشئ المقترض إذا كان الإصلاح ممكنا وإما استبدال الشئ المعيب بشئ مماثل سليم إذا كان إصلاحه غير ممكن^(١).
وإذا كان المقرض لا يعلم بالعيب ولكن المقترض اشترط عليه الضمان، فإن هذا الشرط يسرى^(٢).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يلتزم المقرض أخيرا بضمان العيب ، فإذا ظهر في الشئ عيب خفى، كتقذ زائف، فإذا كان القرض بغير فائدة ولم يتصد المقرض إخفاء الزيف،

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٢) السنهورى الجزء الخامس ص ٥٧٦ .

فلا يستطيع المقرض أن يطلب استبدال سليم بمعيب ، ولكنه لا يلتزم أن يرد إلا قسيمة الشيء معيا أو الشيء المعيب نفسه . أما إذا كان القرض بفائدة أو تعمد المقرض إخفاء العيب فللمقرض أن يطلب إصلاحه إذا كان هذا ممكنا ، وإلا كان له أن يطلب استبدال السليم بالمعيب " (١) .

٢٠٠- أحكام أخرى تسرى على ضمان العيوب الخفية في عقد القرض :

١- يجب على المقرض إذا تسلم الشيء المقرض المبادرة إلى فحصه وإخطار المقرض بالعيب بالتفصيل الوارد في المادة ٤٤٩ مدني بصدد عقد البيع (راجع بند ١٩١) .

٢- تتقادم دعوى ضمان العيب الخفي إذا انقضت سنة من وقت تسلم الشيء المقرض ولو لم يكشف المقرض العيب إلا بعد ذلك ما لم يقبل المقرض أن يلتزم بالضمان لمدة أطول . على أن لا يجوز للمقرض أن يتمسك السنة لتمام التقادم إذا ثبت أنه تعمد إخفاء العيب غشا منه طبقا لما نصت عليه المادة ٤٥٢ الواردة في عقد البيع (راجع في التفصيل بند ١٩٣) .

٣- يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص أن يزيدا في الضمان أو ينقصا منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل شرط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا ، إذا كان القرض قد تعمد إخفاء العيب في الشيء المقرض غشا منه وذلك وفقا للمادة ٤٥٣ مدني الواردة في عقد البيع (راجع بند ١٩٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١٦ .

فيحوز مثلاً للمتعاقدين إذا كان القرض بدون أجر ، أن يتفقا على التزام المقرض بإصلاح العيب إذا كان ممكناً أو بتسليم المقرض شيئاً مماثلاً سليماً ، إذا لم يكن الإصلاح ممكناً .

موضوع رقم (١٦)

(التزامات المقرض)

(الالتزام الأول)

(تعمل مصاريف القرض)

٢٠١- المقصود بمصاريف القرض :

مصاريف القرض تشمل رسوم الدفعة ومصرفات تحرير العقد إذا اتفق على أن يكون رسميا وأتعاب المحامي والسمسرة ومصاريف تسلم القرض ورده وغيره ذلك .

ولم يرد نص في عقد القرض يحدد المبلغ بهذه المصاريف .

وقد ورد نص في ذلك في عقد البيع إذ نص المادة ٤٦٢ يقضى بأن هذه المصاريف على المشتري إذ جرت المادة على أن : " نفقات عقد البيع ورسوم " الدفعة " والتسجيل وغير ذلك من مصرفات تكون على المشتري ما لم يوجد اتفاق أ، عرف يقضى بغير ذلك " .

كما ورد نص آخر في عقد الرهن ، إذ تقضى الفقرة الثانية من المادة ١٠٣١ على أن : " ونفقات العقد على الراهن إلا إذا اتفق على غير ذلك " .

ومن ثم فإنه قياسا على هاتين المادتين تكون مصاريف القرض على المقرض ، ما لم يوجد اتفاق على خلاف ذلك بين المتعاقدين^(١) . أو يجرى عرف بخلافه ، وما يقضى به العرف أن السمسرة يتحملها الطرفان مناصفة^(٢) .

(١) السنهوري ص ٥٧٧ - محمود جمال الدين زكي ص ١٩٨ وما بعدها .

(٢) مذكرة للمشروع التمهيدى بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ١٥٨ .

(الالتزام الثانى)
(الالتزام بدفع الفوائد)

٢٠٢- النص القانونى :

المادة (٥٤٢) مدنى :

"على المقرض أن يدفع الفوائد المتفق عليها عند حلول مواعيد استحقاقها ، فإذا لم يكن هناك اتفاق على فوائد اعتبر القرض بغير أجر".

٢٠٣- خطة البحث :

تناولنا أحكام الفوائد عند دراسة المحل فى عقد القرض بنود (١٥٩)

وما بعده) .

وهنا نتناول بعض المسائل المتعلقة بالتزام المقرض بدفع الفوائد وهى :

- ١- المدة التى تدفع عنها الفوائد .
- ٢- زمان دفع الفوائد .
- ٣- مكان دفع الفوائد .
- ٤- الجزاء المترتب على عدم دفع الفوائد .
- ٥- استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة .
- ٦- رد الفوائد عند إلغاء العقد .

٢٠٤- (١)- المدة التى تدفع عنها الفوائد :

تستحق الفوائد عن القرض- إذا كان متفقاً فيه على فائدة - من اليوم الذى يتسلم فيه المقرض القرض إلا إذا كان التأخير فى تسلمه بخطأ من المقرض ، تأسيساً على أن الفائدة هى مقابل الانتفاع بمبلغ القرض .

ويتهى استحقاق الفوائد من اليوم الذى ينتهى فيه القرض .
وإذا تأخر المقرض عن رد القرض بعد انتهائه ،استحققت قبله فوائد
تأخيرية بنسبة ٤% فى القروض المدنية، ٥% فى القروض التجارية من
تاريخ المطالبة القضائية ، ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على سريان الفائدة
المتفق عليها فى حالة التأخير فى رد القرض .

٢٠٥- (٢) - زمان دفع الفوائد :

مقتضى القواعد العامة أن تدفع الفوائد فى المواعيد التى يتفق عليها
المتعاقدان، سواء كل شهر أو ثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو سنة . أو تدفع
مرة واحدة عند نهاية القرض .

أما إذا خلا الاتفاق من تعيين موعد لأداء الفوائد ، فإنها تستحق
فى نهاية كل سنة من سنوات القرض .

٢٠٦- (٣) - مكان دفع الفوائد :

تدفع فوائد القرض فى المكان الذى يتفق عليه المتعاقدان . فإذا لم يوجد
هذا الاتفاق ، تعين الرجوع إلى القواعد العامة ، وهذه القواعد توجب
دفع الفوائد فى مكان المدين وهو المقرض عملا المادة ٣٤٧ مدق التى
تقضى بأن : "١- إذا كان محل الالتزام شيئا معيناً بالذات وجب تسليمه
فى المكان الذى كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق
أو نص يقضى بغير ذلك .

٢- أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال " .

٢٠٧- (٤) - الجزاء المترتب على عدم دفع الفوائد :

إذا لم يدفع المقرض الفوائد المستحقة في تاريخ استحقاقها ، جاز للمقرض مطالبته بأدائها طبقا للقواعد العامة ، وله التنفيذ على أمواله إذا حصل على حكم واجب النفاذ يلزمه بهذه الفوائد .
ولما كان عقد القرض من العقود الملزمة للجانبين ، فإن عدم أداء المقرض للفوائد يشكل إخلالا بأحد التزامات المقرض الناشئة عن عقد القرض وتيجز للمقرض طلب فسخ العقد . ولا يكون للفسخ أثر رجعي ، لأن عقد القرض من العقود الزمنية ، ومن ثم يقضى بالفسخ من وقت الحكم . ويترتب عليه استرداد المقرض لمبلغ القرض والفوائد المستحقة ، وما قد يقضى به من تعويض .

٢٠٨- (٥) - استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة :

يجوز للمقرض استرداد الفوائد غير المستحقة من المقرض ، وهي التي تزيد على الحد الأقصى المقرر قانونا (٧%) وذلك عملا بالمادة ١/٢٢٧ مدني التي تجرى على أن : " يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على سعر آخر للفوائد سواء أكان ذلك في مقابل تأخير الوفاء أم في أية حالة أخرى تشترط فيها الفوائد . على ألا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا

اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها إلى سبعة في المائة
وتعين رد ما دفع زائلا على هذا القدر " .

ويثبت الحق في الرد حتى لو كان المقترض يعلم بأن القدر الزائد غير
مستحق عليه .

ويكون أساس الرد هو رد غير المستحق فيسقط بمضى ثلاث سنوات
أو بمضى خمس عشرة سنة وفقا لأحكام المادة ١٨٧ مدني^(١) .

كما يجوز للمقترض استرداد أى عمولة أو منفعة أيا كان نوعها
اشتراطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى
المتقدم ذكره لأنها تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض، إذا ما
ثبت أن هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد
أداها ولا منفعة مشروعة (م ٢/٢٢٧ مدني) وللمقترض إثبات دفع فوائد
تزيد على المستحق بكافة طرق الإثبات القانونية بما فيها البيئة والقرائن
لأنها تعد ربا مخالفا للنظام العام ، وكذلك إثبات أى منفعة أو عمولة
حصل عليها المقترض وإثبات الغش في الحالة التي تعزم فيها عقود أخرى
لإخفاء الربا^(٢) .

كما نص قانون العقوبات على جزاء جنائي على جريمة الربا الفاحش .
إذ نصت المادة ٢٣٩ على أن : " كل من انتهز فرصة ضعف أو هوى

(١) السهوري ص ٥٨٤ .

(٢) عمود جمال الدين زكي ص ٣٨٥ وما بعدها .

نفس شخص وأقرضه نقودا بأى طريقة كانت بفائدة تزيد على الحد الأقصى المقرر للفوائد الممكن الاتفاق عليها قانونا يعاقب بغرامة لا تزيد على مائتي جنيه " .

فإذا ارتكب المقرض جريمة مماثلة للجريمة الأولى في الخمس السنوات التالية للحكم الأول تكون العقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز سنتين وغرامة لا تتجاوز خمسمائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين فقط .

وكل من اعتاد على إقراض نقود بأى طريقة كانت بفائدة تزيد عن الحد الأقصى للفائدة الممكن الاتفاق عليها قانونا يعاقب بالعقوبات المقررة بالفقرة السابقة " .

(الالتزام الثالث)

(الالتزام برد المثل)

٢٠٩- النص القانوني :

المادة (٥٣٨) مدني :

" القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثلى آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثله في مقداره ونوعه وصفته " .

٢١٠- المقصود برد المثل :

أوجب النص على المقترض أن يرد إلى المقرض عند نهاية القرض شيئا مثل الشئ الذى اقترضه في مقداره ونوعه وصفته . ويكون القدر في المثليات بالوزن أو بالكيل أو بالعدد أو بالمقاس فيجب أن يكون ما يرد إلى المقرض بمقدار الأصل المقترض . على أن ذلك لا يؤخذ على إطلاقه ، فقد يتفق العاقدان على أن المقترض يرد أقل مما أخذ ، وفي هذه الحالة يعتبر الفرق هبة من المقرض للمقترض، كما إذا أقرض شخص آخر مائة جنيه على أن يرد إليه ثمانين جنيها فقط . وقد يتفقان على أن المقترض يرد أكثر مما أخذ ، والفرق يكون في هذه الحالة ربحا أو فائدة للمقرض، وذلك لامتنع من صحة عقد القرض ، لأن القرض قد يكون بمقابل في حالة الاتفاق .

على أنه إذا كان ما يرد أكثر مما أقرض فإن العقد قد يكون قرضا ربويا يسرى في شأنه ما أورده سلفا .

وإذا كان الشئ المقرض أشياء مثلية يجب أن يرد شئ من نوع الشئ المقرض وصفته ، فإذا ورد القرض على قدر معين من القطن من نوع محدد ، ورتبة معينة ، التزم المقرض برد قدر مساو له من القطن ، من مثل النوع ونفس المرتبة، دون أن يكون لاختلاف ثمنه وقت الرد ، زيادة أو نقصا عن وقت القرض أى تأثير . فليس محل التزام المقرض قيمة ما اقتضه ، ولكن مثل ما اقتضه . وهذه القاعدة تكفل توقى ما قد يثور من منازعات حول قيمة الشئ محل الرد ^(١).

أما إذا كان محل القرض نقودا ، فإن المقرض يلتزم عند الرد بقدر عددها المذكور في العقد دون اعتداد لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها . وعلى هذا نصت المادة ١٣٤ مدق الواردة في (المحل) على أنه : " إذا كان محل الالتزام نقودا ، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر " . وواضح أن الملتزم بالرد يربح من جراء انخفاض قيمة النقود ويصاب من وراء ارتفاعها بالخسارة .

ونص المادة ساقفة الذكر يتعلق بالنظام العام لاتصاله بالنظام النقدي في الدولة ، فيعتبر غير مشروع كل بند يقصد به المقرض التهرب من حكمه

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٣٦ - محمود جمال الدين زكى ص ١٩٩ ومابعدها .

كائنص على الوفاء بالعملة الذهبية أو بقيمة الذهب ، أو بعملة أجنبية أو طبقا لعلامات أخرى ، كسعر سلعة معينة ، أو الأرقام القياسية للأسعار في مجموعها ^(١).

٢١١- الاتفاق على رد نوع آخر :

إذا اتفق الطرفان على أن ما يرد يكون شيئا من نوع آخر، كأن يسلم قمح على أن يرد بدله فول، فلا يكون العقد قرضا ، بل مقايضة، أو يكون بيعا إذا كان المقابل نقودا ^(٢).

٢١٢- ممن يحصل الرد ؟

تنص المادة ٣٢٣ مدق ٣٢٣ على أن : " ١- يصح الوفاء من المدين أو من نائبه أو من أى شخص آخر له مصلحة في الوفاء . وذلك مع مراعاة ما جاء بالمادة ٢٠٨ " ^(٣).

٢- ويصح الوفاء أيضا مع التحفظ السابق ممن ليست له مصلحة في هذا الوفاء ، ولو كان ذلك دون علم المدين أو رغم إرادته، على أنه يجوز للدائن أن يرفض الوفاء من الغير إذا اعترض المدين على ذلك وأبلغ الدائن هذا الاعتراض " .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٠٢ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٣٦ .

(٣) تنص هذه المادة على أن : " في الالتزام بعمل ، إذا نص الاتفاق أو استوجبت طبيعة الدين أن يتخذ المدين الالتزام بنفسه جاز للدائن أن يرفض الوفاء من غير المدين " .

فبمقتضى هذا النص يصح لغير المدين أن يقوم بالوفاء بالقرض ، سواء
أكان متعلقا بمبلغ من النقود أم بشئ آخر غيره ، لأنه لا مصلحة للدائن في
كون المتعهد هو الذى يقوم بالوفاء بنفسه ، وكل مصلحة هي أن يحصل
على دينه ، ويجوز لذلك الغير أن يجبر الدائن على تسلم الدين ولو بغير علم
المدين أو بدون رضائه بالقيد الوارد بالنص^(١).

٢١٣- لمن يحصل الرد ؟

بمقتضى القواعد العامة يكون الوفاء للدائن أو لناثبه، سواء كان نائبا
قانونيا كالولى أو الوصى أو القيم أو نائبا اتفاقيا (الوكيل) (٣٣٢م)
مدنى، وإذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه، فلا تبرأ ذمة المدين
إلا إذا أقر الدائن هذا الوفاء أو عادت عليه منفعة منه ، وبقدر هذه
المنفعة، أو تم الوفاء بحسنية لشخص كان الدين في حيازته (٣٣٣م)
مدنى).

٢١٤- ميعاد الرد :

يرد مثل الشئ محل القرض إلى المقرض على ما نصت عليه المادة ٥٣٩
مدنى "عند انتهاء القرض" ، وعلى ذلك فالرد يرتبط حتما بانتهاء القرض.
وستتناول في بنود (٢١٩ وما بعده) انتهاء القرض، فنحيل إليها في
بيان ميعاد الرد .

٢١٥- مكان الرد :

لم يرد نص في عقد القرض يحدد المكان الذى يرد فيه القرض ، وكان
المشروع التمهيدى للتقنين اللدى يتضمن نصا برقم (٧٢٦) ينص في

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٢ وما بعدها .

فقرته الأولى والثانية على أن : " ١ - على المقترض أن يرد المثل في المكان والزمان المتفق عليهما .

٢ - فإذا لم يتفق على المكان ، كان الرد واجبا في موطن المقترض " .
وقد اقترح في لجنة المراجعة حذف هذا النص لأن أحكامه مستفادة من القواعد العامة فوافقت اللجنة على ذلك ^(١) .

والقواعد العامة المشار إليها هي ما نصت عليه المادة ٣٤٧ مدني بقولها :
" ١ - إذا كان محل الالتزام شيئا معنا بالذات وجب تسليمه في المكان الذي كان موجودا فيه وقت نشوء الالتزام ، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك .

٢ - أما في الالتزامات الأخرى فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء ، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقا بهذه الأعمال " .

وعلى ذلك إذا لم يحدد الاتفاق بين الطرفين مكان رد مثل الشيء المقترض ، كان الوفاء في موطن المقترض وقت الوفاء .

٢١٦- مصاريف الرد :

تقضي المادة ٣٤٨ مدني على أن : " تكون نفقات الوفاء على المدين ، إلا إذا وجد اتفاق أو ينفي يقضي بغير ذلك " . وعلى ذلك إذا خلا عقد القرض من اتفاق على من يلزم بمصاريف الرد تكون مصاريف الرد على المقترض ^(٢) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤١٨ المامش وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسي ص ٣٤٣ - محي الدين علم الدين ص ٩٣ .

غير أن المقرض هو الذى يتحمل مصاريف سعيه إلى موطن المقرض لاستلام مثل الشيء المقرض^(١).

٢١٧- جزاء علم الرد :

إذ لم يتم المقرض برد الشيء المقرض عند انتهاء القرض جاز للمقرض أن يطالب المقرض برد الشيء محل القرض، كما أن له طلب القضاء بفسخ العقد مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى ، وذلك على سند من المادة ١٥٧ مدنى التى تقضى بأن : " ١ - فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه. مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتضى.

٢- ويجوز للقاضى أن يمنح للمدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى مجمله " .

ويرى البعض أنه لا مجال لإعمال المادة ٢/٢٠٣ مدنى هنا والى تقضى بأن : " على أنه إذا كان فى التنفيذ العيني إرهاب للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض تقضى ، إذا كان لا يلحق بالدائن ضررا جسيما" ، لأن القاعدة الواردة فى المادة ٥٣٨ مدنى والى توجب على المقرض أن يرد

(١) السنهورى ص ٥٩٣ .

عينا مثل ما تسلم قدرنا ونوعا وصفة ، استثناء لعقد القرض تفسره فكرة المساواة بين العاقدین فيه ، فكما أن المقرض قد يفيد من هبوط سعر ما تسلمه ، كذلك يجب أن يتحمل ارتفاع لمن ما يجب عليه رده . وفضلا عن ذلك فإن انطباق النص مقيد بعدم إلحاقه ضررا جسيما بالدائن ، وهذا القيد قلما يتوافر في عقد القرض ، لأن ما يصيب المقرض من عدم رد مثل ما أقرضه يعادل ما يحيق بالمقرض من رد مثل ما اقترضه ^(١).

وإذا كان محل القرض مبلغا من النقود ، فإنه لا يترتب على عدم الوفاء به إلا القضاء للمقرض بدنيه مضافا إليه الفوائد القانونية ، كما يجوز له المطالبة بتعويض تكميلي بالتطبيق للمادة ٢٣١ مدني (راجع بند ١٦٦). أما إذا كان محل القرض شيئا غير النقود ، فإن حكمه في حالة التأخير في الأداء مستترك للقواعد العامة وهي أن المقرض يلتزم بالتعويض المترتب على تأخير الوفاء وفقا للمادة ٢١٥ مدني التي تقضي بأن : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ نشأت عن سبب أجنبي لا يده فيه . ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه " . ويقدر التعويض بما لحق المقرض من خسارة وبما فاتته من كسب إذا كان ذلك نتيجة طبيعية لعدم الوفاء (٢٢١م) وإذا لم يثبت غش أو خطأ جسيم من المدين فلا يكون ملزما

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٢٠١ .

إلا بتعويض الضرر الذى كان يمكن توقعه عادة وقت العقد (٢٦١م) ولا يستحق التعويض إلا بعد إغذار المقرض وفقا للمادة ٢١٨^(١).

٢١٨- استحالة الرد :

هناك بعض الحالات يستحيل فيها على المقرض رد مثل الشيء المقرض، ومثل ذلك أن يقرض بائع كتب بائعا آخر كتباً لبيعها على شرط أن يرد كتباً أخرى مثلها من نفس الطبعة بعد زمن معين ، فإذا بالطبعة قد نفذت بأكملها ، ففي هذه الحالة يلزم المقرض برد قيمة القرض باعتبار الزمان والمكان الواجب حصول الأداء فيهما .

وإن وجدت الاستحالة وقت الاستحقاق، ثم زالت بعد ذلك فيلتزم المقرض برد مقدار القرض عينا وفقا للقواعد العامة .
وإذا زادت قيمة القرض بعد إغذار المقرض وجب أن يحصل الرد باعتبار القيمة الزائلة^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٣٤٧ .

موضوع رقم (١٧)

(انتهاء القرض)

٢١٩- تعداد :

يتهى القرض بالأسباب التى تنقضى بها سائر الالتزامات وهى :

١- الوفاء .

٢- التجديد.

٣- المقاصة .

٤- اتحاد الذمة .

٥- الإبراء .

٦- استحالة التنفيذ .

٧- التقادم .

ويضاف إلى هذه الأسباب سببان آخران هما :

١- انتهاء الأجل المعين للمقرض .

٢- إنذار المقرض للمقترض بانتهاء المقرض بشروط خاصة .

ونعرض للسببين الآخرين بالتفصيل فيما يلى :

٢٢٠- السبب الأول :

انتهاء الأجل المحدد للقرض :

تنص المادة ٥٤٣ مدنى على أن : " يتهى القرض بانتهاء الميعاد المتفق عليه " .

وكانت المادة كما وردت بالمشروع التمهيدى تنص على أن : "ينتهى القرض بانقضاء الميعاد المتفق عليه فإذا لم يحدد العقد أجلا للقرض اتبع في شأنه حكم المادة ٣٩٥ (المادة : ٢٧٢ من أنقانون)" إلا أن لجنة القانون المدن بمجلس الشيوخ حذفت العبارة الأخيرة " اكتفاء بالقواعد العامة " . وعلى ذلك إذا كان المتعاقدان ، قد اتفقا في عقد القرض على ميعاد ينستهى فيه القرض، فإن القرض ينتهى بحلول هذا الميعاد . ومن ثم يلتزم المقرض برد الشئ المقرض إلى المقرض وقد يتفقان على أن الرد يكون "وقت الطلب" فيكون للمقرض مطالبة المقرض في أى وقت شاء بالشئ محل القرض .

وإن كان هذا لا يمنع القاضى طبقا للقواعد العامة من أن يمنح المدين أجلا للوفاء ^(١) .

ولا يجوز للمقرض أن يطالب بالرد قبل الوقت المتفق عليه .
والأجل لا يحل بانقضائه فقط وإنما يحل أيضا بسقوطه .
والأجل يسقط بسما يأتى :

١- إذا شهر إفلاس المقرض أو إعساره .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ينتهى القرض عادة بانتهاء الأجل المحدد ، فإن لم يحدد أجل اتبعت القواعد العامة (م ٣٩٥ من المشروع) ، فينتهى القرض، إذ أعسر المقرض

بعد تمام العقد أو كان معسرا قبل ذلك ولكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد أن تم القرض ، فإن الإعسار من مسقطات الأجل (م) ٣٦٦ من المشروع) وكان المشروع التمهيدي ينص في المادة ٧٣٢ منه على أنه : " يجوز للمقرض ألا يسلم ما أقرضه أو أن يسترده قبل الأجل ، إذا أعسر المقرض بعد القرض ، أو كان معسرا قبل ذلك ولكن المقرض لم يعلم بالإعسار إلا بعد تمام العقد " ، إلا أن هذه المادة حذفت في لجنة المراجعة للاستثناء عنها بحكم القواعد العامة المقررة في شأن سقوط الأجل ^(١).

٢- إذا أضعف المقرض بفعله إلى حد كبير ما أعطى المقرض من تأمين خاص ، ما لم يؤثر المقرض أن يطالب بتكملة التأمين . فإذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المقرض فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المقرض للمقرض تأمينا كافيا .

٣- إذا لم يقدم المقرض للمقرض ما وعد في العقد بتقديمه من التأمينات .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٢٤ هامش وما بعدها - وينهب الدكتور السهوري إلى أنه في حالة ما إذا كان المقرض معسرا قبل القرض ولم يكن المقرض علما بهذه الإعسار ، اعتبر المقرض واقعا في غلط جوهري ، وجازله بإبطال القرض واسترداد الشيء المقرض قبل الأجل (ص ٥٩٤ هامش ٢).

ولكن يجوز للمقترض إذا كان القرض بغير أجراء مثل الشيء قبل انقضاء الأجل لأن الأجل هنا يكون مقررا لمصلحته ومن ثم يجوز له التنازل عنه .

أما إذا كان القرض بفائدة فإن الأجل يكون مقررا لمصلحة الطرفين ، ومن ثم لا يجوز للمقترض رد مثل الشيء المقترض وإنهاء عقد القرض باستثناء الحالة النصوص عليها في المادة (٥٤٤) مدني والتي نعرض لها في البند التالي .

السبب الثاني :

٢٢١- الإنذار ببرد القرض :

تنص المادة ٥٤٤ مدني على أنه : " إذا اتفق على الفوائد ، كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه ، على أن يتم الرد في أجل لا يتجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الإعلان ، وفي هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للإعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدي فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقترض في الرد أو الحد منه " .

وكان نص المادة كما ورد في المشروع التمهيدي يجرى على أن : "إذا اتفق على سعر للفوائد يزيد على السعر القانوني ، كان للمدين إذا

انقضت ستة أشهر على القرض ، أن يعلن رغبته في رد ما اقترضه ، على ألا يتم الرد إلا بعد مضي ستة أشهر من هذا الإعلان . وحق المقرض في الرد لا يجوز الاتفاق على إسقاطه أو الحد منه " .

وهذه المادة مستحدثة في القانون المدني الجديد، وهو يمثل استثناء على حكم القواعد العامة التي تقضى بعدم إنهاء العقد قبل حلول أجله إذا كان الأجل مقرراً لمصلحة الطرفين ، فلا شك أن القرض بفائدة مقرر لمصلحة العاقدین معا .

ويشترط لتطبيق هذا النص توافر الشروط الآتية :

- ١- أن يكون القرض بفائدة لأجل معين يزيد على سنة أيا كان سعر الفائدة وقد كانت المادة ٧٣١ من المشروع التمهيدي تشترط أن يكون سعر الفائدة المتفق عليه في العقد يزيد على السعر القانوني لها، ثم حذف هذا القيد في لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ . ومن ثم أصبح إنهاء القرض جائزاً للمقرض متى التزم فيه بدفع فائدة ، ولو قلت عن الفائدة القانونية أما إذا كان القرض بغير فائدة ، فيحوز له التنازل عن الأجل طبقاً للقواعد العامة كما رأينا سلفاً- دون حاجة إلى المادة ٥٤٤ ، وبغير التقيد بأحكامها . ويجب أن يكون أجل القرض زائداً على سنة^(١) .
- (انظر الشرط الرابع) .

٢- أن يعلن المقترض رغبته في إلغاء العقد ورد ما اقترضه . ولم يستلزم القانون شكلا خاصا لحصول هذا الإعلان، ولم ينص على بيانات معينة يجب ذكرها فيه .

ومن ثم يجوز أن يكون بإنذار على يد محضر أو بخطاب مسجل أو بخطاب عادي أو شفويا^(١).

غير أن إثبات حصول هذا الإعلان يقع على عاتق المقترض . ولذلك فإن موجبات الحرص تتطلب من المقترض أن يوجه إعلانه كتابة .

٣- أن يتم الإعلان بعد انقضاء ستة أشهر على القرض . وقد راعى المشرع في هذا القيد مصلحة المقرض بإبقاء العقد مدة معقولة .

٤- أن يرد المقترض مثل الشيء المقترض في مدة لا تتجاوز ستة أشهر من تاريخ وصول الإعلان إلى المقرض .

وهذا ما يبرر ما ذكرناه في الشرط الأول من اشتراط أن تكون مدة القرض أكثر من سنة، حتى يتصور إنقاصه إلى سنة ، إذ يتطلب النص انقضاء سنة أشهر من وقت القرض وستة أشهر أخرى من وقت الإعلان^(٢).

٥- أن يدفع المقترض فوائد ستة الأشهر السابقة على الإعلان وستة الأشهر اللاحقة عليه أى يدفع فوائد سنة كاملة .

فإذا توافرت الشروط السالفة انتهى القرض بعد ستة أشهر من تاريخ الإعلان.

(١) عمود جمال الدين زكي ص ٢٠٦- محيى الدين علم الدين ص ٩٥ .

(٢) السنهورى ص

وقد رأى المشرع في هذه المادة تيسيرا على المدين إذا نزل سعر الفائدة في السوق إذ يستطيع أن يخفف من دين فوائده مرتفعة إلى دين فوائده أقل^(١). كما أن الحق المقرر بمقتضى النص السالف للأفراد في حدود القانون الخاص، يوازن الحق الثابت للدولة بمقتضى مبادئ القانون المالى في تمويل الديون العامة ، وبذلك يفيد أشخاص القانون الخاص من انخفاض سعر الفائدة ، مثل إفادة أشخاص القانون العام .

وقد حظرت المادة إلزام المقرض بأى وجه من الوجوه بأن يودى فائدة أو مقابلا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء^(٢).

وحكم المادة مما يتعلق بالنظام العام ، فلا يجوز الاتفاق بين المتعاقدين على أن ينزل المقرض عن حقه في تعجيل الرد أو أن يحذف من هذا الحق بالاتفاق على ألا يعجل المقرض الرد إلا بعد مدة أطول من سنة .

٢٢٢- حالة عدم وجود اتفاق على أجل لانتهااء القرض :

كان التقنين المدنى القديم ينص في المادة ٥٧٩/٤٧٥ منه على أنه : "إذا لم يعين لأداء المستعار ميعاد ، أو صار الاتفاق على أن المستعير يؤديه عند إمكانه ، فيعين القاضى الوقت الذى يقتضى حصول الأداء فيه " .

(١) مذكرة المشروع التمهيدي بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٢٥ .

(٢) وقد أضيف هذا الحكم إلى المادة حال مناقشتها بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ " لأن الحادث فعلا أن البنوك في حالة أداء القروض قبل حلول أجلها تنقضى فوائده ستة أشهر وفوائده ستة أشهر أخرى كتعويض -" بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٢٦ .

وكان المشروع التمهيدى للتقنين المدنى الجديد ينص فى الفقرة الثانية من المادة (٧٢٦) على أنه : " أما إذا لم يتفق على الزمان ، أو كان قد اتفق على أن الرد يكون عند المقدرة أو الميسرة ، اتبع فى ذلك حكم المادة ٣٩٥ الخاص بحلول الأجل . والمادة الأخيرة (والتي أصبحت برقم ٢٧٢) تنص على أن : " إذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه إلا عند المقدرة أو الميسرة ، عين القاضى ميعادا مناسباً لحلول الأجل ، مراعى فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية ، ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى عن الفقرة الثالثة من المادة (٦٧٢):

" أو اتفق على أن الرد يكون عند المقدرة أو الميسرة ، وجب الرجوع إلى القواعد العامة فى حلول الأجل ، وهى تقضى بأن يحدد القاضى ميعادا مناسباً لحلول الأجل ، مراعى فى ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية . ومقتضيا منه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه " (١) .

وعند مناقشة المادة بلجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ اقترح البعض حذف الحكم الوارد بالفقرة الثالثة المذكورة حتى يكون الدفع عند طلب القرض ، بينما ذهب البعض الآخر إلى أنه لا يكون هناك إذن ثمة فائدة من القرض إذا كان المقرض يطلب السداد بعد أن يقرض المقرض بوقت قصير . وأن نية المتعاقدين عند عدم تحديد أجل هى أن يكون الدفع عند

(١) بمجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ق ٤١٨ وما بعدها .

الميسره ، وفي النهاية وافقت الأغلبية على حذف عبارة " فإذا لم يحدد العقد أجلا للقرض اتبع في شأنه حكم المادة ٢٤٨ " على أن يترك هذا الحكم لتقدير القاضى . فقررت اللجنة حذف هذه العبارة اكتفاء بالقواعد العامة " (١).

ويرى الفقه أن القواعد العامة تقضى بتفسير نية المتعاقدين في هذا الشأن ، فإن ظهر من الظروف أنهما أرادا أن يكون الرد عند أول طلب من المقرض ، وجب على المقرض أن يرد ، بمجرد أن يطالبه المقرض بالرد . وإن ظهر أن المتعاقدين قد أرادا أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة فإن القاضى هو الذى يحدد هذا الوقت . ويرجع عند الشك في تعيين نية المتعاقدين أن تكون نيتهما قد انصرفت إلى أن يكون الرد عند المقدرة أو الميسرة (٢).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٢٢ وما بعدها .

(٢) السنهوري ص ٥٩٨ وما بعدها - محمود جمال الدين زكى ص ٢٠٥

وهامش (١) .

(العقد الرابع)
عقد الدخل الدائم
أو
الإيرادات المرتبة الدائمة

موضوع رقم (١٨)

**التنظيم التشريعي للدخل الدائم - تعريف الدخل الدائم -
مصدر الدخل الدائم - صور الدخل الدائم - شكل عقد الدخل
الدائم - إثبات الدخل الدائم**

٢٢٢- التنظيم التشريعي لعقد الدخل الدائم :

أوضحت المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدق التنظيم التشريعي
لعقد الدخل الدائم تحت " نظرة عامة " ، فقد جاء بها .

" يجمع التقنين الحالي ما بين عاريتي الاستعمال والاستهلاك والدخل
الدائم والدخل المرتب مدى الحياة في باب واحد . والصلة ما بين هذه
العقود أقرب إلى أن تكون لفظية ، وإلا فإن طبيعة كل عقد تتنافر مع
طبيعة العقد الآخر فعارية الاستعمال ترد على المنفعة ، أما عارية
الاستهلاك فتد على الملكية .

وإذا كان الدخل الدائم عقدا محمدا ، فإن الدخل المرتب مدى الحياة
عقد احتمالي . والأولى أن يجمع عارية الاستهلاك والدخل الدائم مكان
واحد ، فكلاهما قرض ، وأن توضع عارية الاستعمال مكانها بين العقود
التي ترد على المنفعة ، والدخل المرتب مدى الحياة مكانه بين العقود
الاحتمالية . وهذا ما فعله المشروع " (١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٠٧ .

٢٢٤- تعريف الدخل الدائم :

تنص المادة ٥٤٥ من التقنين المدني على أن : "١- يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغا من النقود أو مقدارا معينا من أشياء مثلية أخرى ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية .

٢- فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة " .

فالدخل الدائم نوع من القرض ، أو على وجه التحديد عقد قرض لا ينشئ التزاما بالرد في ذمة المقرض . لأن المقرض يدفع الفائدة دائما وهي الدخل إلى الشخص أو خلفائه ومن هنا سمي العقد بالدخل الدائم .

وهذا العقد يسمى أيضا عقد ترتيب إيراد وتسمى الفائدة باسم "مرتب" .

ومثال ذلك : أن يقرض زيد بكرا ألف جنيه ، ويتعهد بكر بدفع فوائد ستين جنيها مثلا ، من غير أن يعين وقتا للوفاء ، فبناء على هذا العقد يصير بكر مالكا للأصل ، يتصرف فيه كما يشاء ، ولا يلزم برده إلى المقرض فلا يستطيع المستحق للدخل مطالبة المدين برأس المال ، ولكن يجوز له ذلك إذا أراد هو أن يرده ، ومادام لم يفعل ذلك يجب عليه دفع المرتب^(١) .

وليس لإحقاق الدخل الدائم على هذه الصورة، بعقد القرض ذى الفائدة ، سوى أسباب تاريخيه . ذلك أن ظهوره على مسرح المعاملات ، قبل الثورة الفرنسية كان يقصد به التحايل على تحريم الإقراض بفائدة ، وسد الحاجة إليه ، إذ وجد فيها أصحاب رعوس الأموال وسيلة إقراضها لنوى الحاجة إلى النقود دون الوقوع تحت طائلة القوانين التى تحرم الإقراض بفائدة ، وإعفائهم بالتالى من تحمل وزر الربا .

فسلم الفقهاء دون عناء بكونه نوعا من القرض ذى الفائدة ، وإن وصفوه بالبيع فلم يكن ذلك سوى حيلة قانونية قصدوا بها إلى إسباغ المشروعية على تلك الوسيلة وتمكينها مما ترمى إليه . وكان الدخل الدائم واسع الانتشار بين المتعاملين وقت تحريم القرض ذى الفائدة عند ما حل محل هذا العقد فى المعاملات ، ولكنه فقد أهميته بعد إباحة الإقراض بفائدة، وتضائل استعماله بين الأفراد ، لأنه يحرم الدائن (المقرض) من الحصول على المبلغ الذى أقرضه ، كما يكون معرضا للخسارة إذا أفلس المقرض.

إلا أن هذا العقد يستعمل بكثرة فيما تصدره الحكومات أو الشركات أو البنوك المركزية من سندات القروض ، لأن هذه السندات تسهل الأعمال الكبرى ودفع المرتبات ، لأن رأس المال لن يرد إلى المكتتبين إلا بعد فترة طويلة .

وفى هذه الصورة تعتبر المبالغ المكتتب بها قرضا يشتري به السندات وتكون مدتها طويلة جدا قد تزيد على عشر سنوات ، وقد تصل إلى

خمسين سنة أو أكثر ، وتستهلك في كل عام كمية من السندات برد قيمتها الاسمية إلى أصحابها ويتوقف حصولهم على الفائدة .

وتعطى هذه السندات الحق في الحصول على فائدة سنوية عادة ما تكون دون السعر الاتفاقي للفوائد وربما دون السعر القانوني لها، وتعوض عن ذلك بجوائز يانصيب للسندات الفائزة^(١).

وقد جاء بملكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ويؤدى الدخل للمستحق ولخلفائه من بعده على الدوام . لذلك كانت الحكومات والمصارف هى أصلح الهيئات لترتيب الدخل الدائم . ويراعى في شأن دوام هذا العقد خصيصتان:

(١) أن المستحق للدخل لا يستطيع أن يطالب المدين برأس المال مادام يستوفى الدخل في ميعاده .

(٢) أن المدين يستطيع ، على عكس ماتقدم ، أن يرد رأس المال فيتخلص من أداء الدخل " .

٢٢٥- مصدر الدخل الدائم :

يمكن أن يتم الدخل باتفاق أو بإرادة منفردة ، أو أن يكون تصرفا بين الأحياء أو بعد الوفاة . فيتج من اتفاق إذا كان بعقد قرض أو بيع أو هبة.

ويكون بإرادة منفردة كالوصية وهى تصرف يضاف إلى ما بعد الموت.

(١) محي الدين علم الدين ص ٩٨ .

ويكون الدخل الدائم لمدة غير معينة أو لمدة معينة ، وقد يكون مدى حياة مستحق الدخل أو له أثناء حياته ثم لورثته وورثة ورثته وإن نزلوا، من بعده ، ومن أهم المبادئ التي يقوم عليها الدخل الدائم قابليته للاستبدال أى قابليته لتحويله إلى رأس مال يؤدي مرة وينقضى دوامه بذلك^(١).

٢٢٦- صور الدخل الدائم :

١- عقد القرض :

الصورة الغالبة للدخل الدائم هو عقد القرض بفائدة ، حيث يقدم المقرض مبلغا مجمدا ويحصل على دخل يعتبر فائدة دورية يحصل عليها طوال حياته وحياة أولاده وأحفاده ومن يليهم .
ويجب أن يراعى في تحديد سعر الفائدة القيود المفروضة على الفائدة ، فيجب ألا تزيد الفائدة على ٧% . لأن الدخل هو فائدة لرأس المال الذي تم إقراضه ، وسنعرض لذلك تفصيلا فيما بعد .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيلي:

" يحدد هذا النص كيف يرتب الدخل الدائم ، فقد يكون بعقد أو وصية . مثل العقد أن يقرض شخص حكومة أو مصرفا مبلغا من النقود (في صورة شراء سند) على أن ترتب له دخلا دائما ، ولا يجوز أن يكون هذا الدخل أعلى من السعر الاتفاقي للفائدة ، لأن الدخل إنما هو

(١) محي الدين علم الدين ص ٩٨ وما بعدها .

فائدة لرأس المال الذى تم إقراضه . ويجوز أن يرتب الدخل على سبيل التبرع بهبة أو وصية " (١).

٢- عقد البيع .

وذلك بأن يبيع شخص عقارا أو منقولا ويحدد فى العقد ثمنه ، ولكن لا يدفع الثمن وإنما يحوله إلى دخل دائم ، أولا يحدد الثمن أصلا ويلتزم المشتري بأداء الدخل الدائم.

٣- عقد الهبة :

فيهب شخص لآخر مبلغا من النقود أو أشياء مثلية أخرى كالغلال أو المأكولات فى مواعيد دورية ولا يودى الموهوب له شيئا .

٤- الوصية :

يتم الدخل الدائم بطريق الوصية بأن يوصى شخص لآخر بالدخل بعد وفاته أى بعد وفاة الموصى .

٢٢٧- شكل عقد الدخل الدائم :

عقد الدخل الدائم كما يكون صريحا يصح أن يكون ضمنيا (٢).
ويطبق على العقد الذى يرتب الدخل الدائم من حيث أركان انعقاده وشروط صحته القواعد المقررة للتصرف الذى ينشئه ، هبة أو وصية بيعا أو قرضا.

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٢٩ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٠١ .

وقد ورد في المادة ٢/٥٤٥ مدني تطبيقا لهذا المبدأ إذ نصت على أن:
"فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من
حيث سعر الفائدة القواعد التي تسرى على القرض ذي الفائدة " (١).

فإذا كان العقد هبة فإنه يكون بورقة رسمية أو بالتسليم فيكون عقدا
عينيا . وإذا كان التصرف وصية وجب أن يتم في الشكل الذي تنص عليه
المادة الثانية من القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ بإصدار قانون الوصية التي
تجرى على أن : " تنعقد الوصية بالعارة أو بالكتابة فإذا كان الموصي
عاجزا عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهمة .

ولا تسمع عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع القولي عنها بعد وفاة
الموصي في الحوادث السابقة على ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية
إلا إذا وجدت أوراق خالية من شبهة التصنع تدل على صحة الدعوى .
أما الحوادث الواقعة من سنة ألف وتسعمائة وإحدى عشرة الأفرنجية
فلا تسمع فيها دعوى ما ذكر بعد وفاة الموصي إلا إذا وجدت أوراق
رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاه كذلك ، تدل على ما
ذكر أو كانت ورقة الوصية أو الرجوع عنها مصدقا على توقيع الموصي
عليها " .

فالوصية يجب أن تتم في أحد أشكال ثلاثة :

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٢٣٢ .

١- ورقة رسمية .

٢- ورقة عرفية مصدق على إمضاء أو ختم الموصى فيها .

٣- ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه^(١) .

٢٢٨- إثبات الدخل الدائم :

ذكرنا سلفا أن الصورة الغالبة للدخل الدائم تتخذ شكل إصدار
سندات من الحكومة أو الأشخاص المعنوية أو البنوك المركزية ، وفي هذه
الصورة يكون السند دليلا كتابيا على الدخل الدائم.

أما في الأحوال الأخرى ، فإن إثبات الدخل الدائم يخضع للقواعد
العامة في الإثبات ، ولما كان الدخل الدائم غير محدد القيمة فإنه لا يجوز
إثباته بغير الكتابة ، أو ما يقوم مقامها من إقرار أو يمين .
وفي الغالب يكون الدخل الدائم ثابتا بالكتابة لطول أمده .

(١) محي الدين علم الدين ص ١٠٠ .

موضوع رقم (١٩)

(التزام المدين ببلغ الدخل الدائم)

٢٢٩- أداء الدخل من المدين أو ورثته من بعده :

يؤدى الدخل الدائم المتفق عليه من المدين به سواء كان العقد قرضا أو معاوضة بيعا أو غيره أو تبرعا كالهبة أو الوصية .

فإذا توفى المدين فإن الدخل الدائم لا ينقطع بوفاته وإنما يلتزم ورثته بدفعه من تركة مورثهم لأن القاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون فيقطع رأس مال تكفى فائدته للوفاء بالدخل ، فإذا مات الورثة انتقل الالتزام بأداء الدخل إلى ورثتهم وهكذا ، فيظل الدخل مستمرا إلى أن يستبدل كما سترى .

أما إذا كان المدين بالدخل هو الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية، فإن الدخل يظل مستمرا إلى أن يستبدل عن طريق استهلاك السندات التي أصدرها .

٢٣٠- أداء الدخل إلى الدائن أو ورثته من بعده :

يدفع الدخل المتفق عليه إلى الدائن به ، وهو المقرض إذا كان العقد قرضا ، وإلى البائع إذا كان العقد بيعا ، وإلى الموهوب له إذا كان العقد هبة وإلى الموصى له إذا كان التصرف وصية .

وإذا مات الدائن انتقل الدخل إلى ورثته ثم إلى ورثة ورثته وهكذا ، ويوزع الدخل بين الورثة طبقا لقواعد الإرث، فالدخل قابل للتجزئة .

ويستمر الدخل إلى أن ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء أو يستبدل به الدين^(١).

٢٢١- اشتراط ألا يزيد الدخل على الحد الأقصى للفائدة :

تنص المادة ٥٤٥ مدني في فقرتها الثانية على أنه : " فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسري على القرض ذي الفائدة " .

وبالترتيب على ذلك إذا كان الدخل في صورة عقد من عقود المعاوضة ، كالبيع وعين الثمن في العقد ، كان الدخل الذي يدفعه هو فائدة ذلك الثمن ويجب ألا يزيد الدخل الذي يلتزم به المدين على الحد الأقصى للفائدة وهو ٧% ، لأن العقد يعتبر في الواقع ترتيب دخل دائم مقابل مبلغ من النقود .

أما إذا كان الاتفاق حاصلًا بصفة أن الدائن باع للمدين العين ، وأن الثمن هو مرتبات مؤبدة مبلغ كذا ، فالظاهر أن هذا الاتفاق صحيح ، لأن المرتبات لم تكن فوائد لمبلغ من النقود ، بل هي نفس ثمن العين . ولكن إذا ظهر من ظروف الأحوال أن العاقدين أغفلا ذكر الثمن لكي يخفيا التعامل بالربا ، اعتبر الدخل ربويًا إذا زاد سعر الفائدة الاتفاقية على ثمن العين الذي أغفل العاقدان ذكره في العقد مع كونهما اتفقا عليه^(٢).

(١) السنهوري ص ٦٠٨ وما بعدها .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٠٣ .

غير أن الدخل لا يخضع للقيود الأخرى التي يخضع لها القرض ذى الفائدة، فيحوز أن يكون مجموع الدخل الذى يتقاضاه الدائن أكثر من رأس المال ، ويجوز أن يتقاضى الدائن فوائد على متجمد الفوائد ، ويظهر ذلك إذا تأخر المدين عن دفع الدخل فى الميعاد ، فيكون للدائن مطالبته بالدخل المتأخر والفوائد بالسعر القانونى^(١).

ومناطق خضوع رأس المال للقيود السابق ، أن يكون نقودا ، فإذا كان أشياء مثلية، فإنه لا يخضع لهذا القيد ، لأن الحد الأقصى للفائدة القانونية قاصر على الديون النقدية . وبدلها لا يخضع للقيود الدخل الدائم إذا لم يكن معاوضة كما لو كان هبة أو وصية .

٢٢٢- زمان دفع الدخل :

إذا كان محددًا فى سند الدخل ميعاد الوفاء به ، تعين الوفاء به إلى الدائن فى هذا الميعاد . وفى الغالب يكون أداء الدخل سنويا . فإذا خلا سند الدخل من ميعاد دفعه ، فإن على القاضى استخلاص هذا الميعاد من ظروف العقد وملابساته ، فإذا لم يتمكن من ذلك وجب دفع الدخل فى آخر كل سنة^(٢).

٢٢٣- مكان دفع الدخل :

إذا كان محددًا فى سند الدخل مكان دفعه ، تعين دفعه فى هذا المكان.

(١) السنهاورى ص ٦٠٨ .

(٢) السنهاورى ص ٦٠٩ .

أما إذا خلا سند الدخل من تحديد المكان ، فإنه يدفع كسائر القروض في محل المدين وفقا للقاعدة العامة المذكورة في المادة ٣٤٧ مدني .

٢٢٤- مصروفات الدخل :

يلتزم المدين في عقد الدخل الدائم مصروفات العقد ، لأن من واجبه أن يعطى الدائن السند المثبت لحقه قبله ^(١).

٢٢٥- إجبار المدين على دفع الدخل :

إذا لم يدفع المدين الدخل الدائم المتفق عليه في ميعاده ، كان للدائن إجباره على ذلك بطلب إلزامه بأدائه ، كما يجوز له طلب إلزامه بفوائد تأخيرية ، فقد رأينا أن قاعدة عدم تقاضى فوائد على متحمّد القوائد لا تسرى على الدخل الدائم .

فضلا عن أنه يجوز له إجبار المدين على استبدال الدخل إذا لم يدفع الدخل لمدة سنتين متواليتين رغم إعذاره (م ٥٤٧/أ) (انظر في التفصيل بند (٢٤١) .

٢٢٦- انقضاء عقد الدخل :

ينقضى عقد الدخل الدائم بأحد الأسباب الآتية :

١- رد رأس المال للدائن .

٢- جميع الأسباب التي تنقضى بها الالتزامات عامة . الإبراء والتحديد واتحاد الذمة والمقاصة .

وكذلك ينقضى عقد الدخل الدائم كسائر الالتزامات بالتقادم إذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه مدة خمس عشرة سنة ^(١) . فتبدأ مدة التقادم من وقت وجود الالتزام بالدخل الدائم . غير أنه إذا دفع أحد الأقساط ، فإن هذا الدفع يقطع مدة التقادم وتبدأ مدة تقادم جديد .

أما الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل فينقضى بالوفاء بهذا القسط أو بالتحديد أو بالمقاصة أو باتحاد الذمة أو بالإبراء أو بالتقادم الخمسى، وتبدأ المدة من وقت حلول القسط لأن أقساط الدخل حقوق دورية متجددة .

٣- الاستبدال ، فقد كفل القانون للمدين الحق فى استبدال الدخل فى أى وقت (أنظر فى التفصيل بنود ٢٣٧ وما بعده) .

موضوع رقم (٢٠)

(استبدال الدخل الدائم)

أولاً : الاستبدال بإرادة المدين

٢٣٧- النص القانوني :

المادة (٥٤٦) مدني :

" ١- يشترط في الدخل الدائم أن يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت

شاء المدين ، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك .

٢- غير أنه يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال مادام مستحق

الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لا يجوز أن تزيد على

خمس عشرة سنة .

٣- وفي كل حال لا يجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان

الرغبة في ذلك ، وانقضاء سنة على هذا الإعلان " .

٢٣٨- قابلية الدخل الدائم للاستبدال في أي وقت شاء المدين :

تنص الفقرة الأولى من المادة على أنه يشترط في الدخل الدائم أن

يكون قابلاً للاستبدال في أي وقت شاء للمدين .

والمقصود بالاستبدال هو رد المدين بالدخل رأس المال إلى الدائن ،

فيسقط عنه بذلك واجب دفع الدخل .

وقد جعل الشارع عقد الدخل الدائم قابلا للاستبدال في أى وقت شاء المدين، لأن هذا العقد من العقود المؤبدة، أى أن المدين ملزم فيه بدفع دخل في أوقات معينة بصفة مؤبدة ، فرأى الشارع أن يميز للمدين التخلص من هذا العبء الثقيل إذا قام بأداء رأس المال في أى وقت شاء^(١).

وفى هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" جواز أن يرد المدين رأس المال هو شرط أساسى في عقد الدخل الدائم، وهو الذى يمنع من أن يوجد التزام مؤبد . ولا يجوز الاتفاق على عدم جواز الرد لأن هذا الاتفاق يكون مخالفا للنظام العام"^(٢) .

وحق الرد مقرر أيضا لورثة المدين ، ولكل من له مصلحة في الرد مما يكونون ملزمين بالدخل ، إما شخصا أو بسبب أموالهم ، مثل كفلاء المدين ، وأصحاب الأعيان المرهونة لوفاء الدخل ، وكذلك دائن المدين إذا كان مرتهنا ومتاعرا في المرتبة عن الدائن بالدخل^(٣).

٢٢٩- بطلان الاتفاق على عدم قابلية الدخل الدائم للاستبدال:

لا يجوز الاتفاق بين العاقدين على عدم جواز رد رأس المال ، لأن قاعدة قابلية الدخل الدائم للاستبدال قصد بها ألا يكون العقد مؤبدا ، وهى قاعدة تتعلق بالنظام العام .

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٠٤ .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٣٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٠٤ .

غير أنه يجوز التقييد من قابلية الدخل للاستبدال في أى وقت يريده المدين . فيتفق مثلا على ألا يحصل الاستبدال مادام المستحق حيا ، أو على أن الاستبدال لا يتم إلا بعد مدة معينة بشرط ألا تزيد على خمس عشرة سنة . وفي مثل هذه الاتفاقات الجائزة ضمان لصاحب الدخل أن يتمتع به طول حياته أو لمدة معينة وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٤٦ صراحة .

وفي هذا جاء بمنكرة المشروع التهيدى أنه :

" على أنه يجوز التقييد من قابلية الدخل للاستبدال في أى وقت يريده المدين فيتفق مثلا على ألا يحصل الاستبدال مادام المستحق للدخل حيا ، أو على أن الاستبدال لا يتم إلا بعد مدة معينة بشرط ألا تزيد على خمس عشرة سنة . وفي مثل هذه الاتفاقات الجائزة ضمان لصاحب الدخل أن يتمتع به طول حياته أو لمدة معينة " (١).

وإذا زادت مدة القيد على خمس عشرة سنة فإن العقد لا يبطل وإنما تنقص المدة إلى خمس عشرة سنة .
وإذا مات الدائن قبل انقضاء هذه المدة فإن المدة تستكمل بالنسبة لورثته .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٤٣٥ .

ونص المادة ٥٤٦ ينطبق على الدخل الدائم ، أيا كان نوع التصرف الذى أنشأه ، فمكة الاستبدال مقررة للمدين سواء تلقى الدخل بمقابل ، أو على وجه التبرع^(١).

ويجوز الاتفاق على الجمع بين القيدين ، فيشترط ألا يحصل الاستبدال مدة حياة الدائن صاحب الدخل وقبل أن ينقضى خمس عشرة سنة . فلا يجوز في هذه الحالة للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال إلا بعد موت الدائن ولو عاش أكثر من خمس عشرة سنة ، وإلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ولو مات الدائن قبل هذه المدة . فلا يجوز طلب الاستبدال إذن إلا بعد انقضاء حياة الدائن أو انقضاء خمس عشرة سنة أى المدين أطول^(٢).

٢٤٠- شروط استعمال حق المدين فى الاستبدال :

يشترط لاستعمال المدين حقه فى الاستبدال توافر شرطين :

١- إعلان رغبة المدين فى الاستبدال :

يشترط أن يعلن المدين رغبته فى الاستبدال إلى الدائن . ولم ينص القانون على شكل معين لهذا الإعلان . فيصح أن يكون بإعلان على يد محضر أو بخطاب موصى عليه ، أو بخطاب عادى، كما يجوز أن يتم شفاهة .

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٣ .

(٢) السهورى ص ٦١٦ .

ويخضع الإعلان في إثباته للقاعدة العامة في إثبات التصرفات القانونية.
ويقع على المدين عبء إثبات حصول الإعلان.
٢- أن تمضي مدة سنة على وصول الإعلان إلى الدائن .

وفي هذا جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" ولا يجوز على كل حال للمدين أن يستعمل حق الاستبدال إلا بعد سنة من إعلان رغبته في ذلك " (١) .

والحكمة في اشتراط مدة السنة ألا يباغت الدائن باستبدال الدين في الوقت الذي رتب فيه حياته على ما يحصل عليه من دخل .

وإذا لم يسبد الدائن قبوله للاستبدال ، جاز للمدين الرجوع عن طلب الاستبدال ، والاستمرار في دفع الدخل .

وإذا كان مقيدا بألا يطلب الاستبدال مدة معينة كخمس سنوات مثلا، استطاع أن يعلن الدائن برغبته في الاستبدال قبل انقضاء هذه المدة حتى يتمكن من الاستبدال بمجرد انقضائها .

ثاني : الاستبدال جيرا على المدين :

٢٤١- النص القانوني :

المادة (٥٤٧) :

" يحجر المدين على الاستبدال في الأحوال الآتية :

(أ) إذا لم يدفع الدخل ستين متواليين ، رغم إنذاره .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٣٥ .

(ب) إذا قصر في تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات أو إذا انعدمت التأمينات ، ولم يقدم بديلا عنها .
(ج) إذا أفلس أو أعسر " .

٢٤٢. حالات الاستبدال جبرا على المدين :

الحالة الأولى :

إذا لم يدفع المدين الدخل مستتين متواليتين رغم إنذاره .
إذا لم يدفع المدين الدخل مدة تقل عن ستين كسنة أشهر أو سنة أو سنة ونصف فلا يجوز الاستبدال .

وكذلك إذا لم يدفع المدين الدخل مدة ستين ولكنهما غير متواليتين ،
لا يجوز الاستبدال مثل ذلك أن يتأخر المدين في الدفع سنة ثم يدفع السنة التالية ويقبل منه الدائن هذا الدفع ثم يتأخر في الدفع السنة الثالثة .
غير أنه يجوز للدائن في حالة التأخير التي لاتصل إلى ستين متاليتين مطالبته قضاء بالدخل المتأخر .

وكان التقنين القديم (م ٤٧٩/٢ ، ٥٨٥) لا يشترط مدة ، فيكون المدين عرضة لدعوى المطالبة برد أصل الدين ، حتى لو كان متأخرا دخلا واحدا بشرط أن ألا يكون هذا التأخير متسببا عن عمل صاحب الدخل ، كما إذا توفي وكان المدين يجهل أسماء الورثة بحيث لا يرى لمن يسلم الدخل .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي :

" (أ) إذا لم يتم بالتزامه من أداء الدخل ستين متواليين رغم إعذاره .
وفي التقنين الحالي (م ٤٧٩ فقرة ثانية/ ٥٨٥) لا تشترط الستين بل يترك
الأمر لتقدير القاضي كما في حالات الفسخ الأخرى " (١).
وإذا كان بعض الورثة هم المتأخرون في الوفاء ترفع الدعوى بالمطالبة
برأس المال على الورثة المتأخرين وحدهم ، وتكون المطالبة مقصورة على
ما خصهم في الأصل ، أما غير المتأخرين في دفع الدخل فلا يلزمون برد
الأصل (٢).

الحالة الثانية :

تقصير المدين في تقديم التأمينات أو انعدام التأمينات :

تنص الفقرة (ب) من المادة (٥٤٧) على أن المدين يجبر على الاستبدال
" إذا قصر في تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات ، أو إذا انعدمت
التأمينات ، ولم يقدم بديلا عنها " .

فإذا لم يقدم المدين التأمينات التي وعد بتقديمها إلى الدائن، أو إذا كان
قد قدم تأمينات ولكنها انعدمت ، أو انعدم بعضها ولم يقدم بديلا عنها
فإنه يجبر على الاستبدال . ويقاس على ما تقدم أن تنقص التأمينات فلا
يكملها الدائن (٣).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٣٥ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٠٧ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدي مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٣٥ .

وهذه الحالة ، هي من حالات سقوط الأجل المنصوص عليها بالمادة ٢٧٣ مدني التي تجرى على أن يسقط حق المدين في الأجل :

.....

(٢) إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون ، هذا ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين، أو إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه ، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا " . ولذلك يجب تفسير هذه الحالة في ظل المادة الأخيرة فيجب التفريق بين ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع إلى فعل المدين ، فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إرجاع التأمينات إلى ما كانت عليه ، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فيكون الخيار له لا للدائن . ويجب أن تفهم التأمينات أيضا على أنها تشمل كل تأمين خاص، ولو أعطى بعقد لاحق ، أو بمقتضى القانون ، أو بحكم القضاء .

وينبغي على ذلك أنه يجوز الاستبدال دون حاجة إلى تدخل القاضي، وأن يمتنع على الأخير إذا عرض عليه أمره ، أن يمنح المدين نظرة الميسرة^(١).

(١) محمود جمال الدين زكي ص ٢٣٥ - السنهاوري ص ٦٢١ .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" (ج) إذا أفلس المدين أو أعسر أو صفت أمواله تصفية قضائية .
ويلاحظ أن الحالتين الأخيرتين هما الحالتان اللتان بسقط فيهما الأجل
طبقا للمادة ٣٩٦ من المشروع ، فيجب تفسيرهما فى ظل هذا النص .
وعلى ذلك يجب التفريق ما إذا كان انعدام التأمينات أو نقصها يرجع إلى
فعل المدين . فيكون الدائن بالخيار بين الفسخ أو إرجاع التأمينات إلى ما
كانت عليه ، وما إذا كان ذلك يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه ،
فيكون الخيار له لا للدائن . ويجب أن تفهم التأمينات أيضا على أنها
تشمل كل تأمين خاص، ولو أعطى بعقد لاحق ، أو بمقتضى القانون، أو
بحكم من القضاء " ^(١).

الحالة الثالثة :

إفلاس المدين أو إعساره :

تنص على هذه الحالة الفقرة (ج) من المادة ٥٤٧ .
وتعد هذه الحالة ، وهى إفلاس المدين بالدخل أو إعساره من حالات
سقوط الأجل المنصوص عليها فى المادة ٢٧٣ مدنى . ويترتب عليه حق
الدائن فى إجبار المدين على الاستبدال .
ويسرى على هذه الحالة باعتبارها من حالات سقوط الأجل ما
ذكرناه فى الحالة الثانية .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٣٥ وما بعدها .

كيفية الاستبدال :

٢٤٢- النص القانوني :

المادة ٥٤٨ (مدني) :

"١- إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود ، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك .

٢- وفي الحالات الأخرى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل" .

٢٤٤- حالة ترتيب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود :

إذا رتب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود ، تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك .

ويكون ترتيب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود إذا كان قرضا دفعه الدائن إلى المدين ، أو أبرم عقد بيع قدر فيه الثمن بمبلغ من النقود ، ثم حول إلى دخل دائم .

ومن ثم يكون مقدار رأس المال قد تحدد بالنقود ومعروفا منذ ترتيب الدخل ، ورأس المال هذا هو واجب الرد ، فيجب رده إلى الدائن .

ويجوز أن يكون رأس المال الواجب رده أقل من مقدار القرض أو ثمن المبيع، فيكون الفرق تبرعا من الدائن للمدين ، كما يمكن أن يكون مقابل ما حصل الدائن عليه من أقساط الدخل .

أما إذا اتفق على أن يكون المبلغ الواجب رده أكبر من مقدار القرض أو ثمن المبيع فلا يجوز لأنه ينطوي على شبهة الربا الفاحش .

ولكن هذه الشبهة تنتفى إذا كان مجموع ما يقبضه الدائن لا يزيد على فوائد رأس المال محسوبة بالسعر الأقصى للفوائد الاتفاقية^(١).

وقد جاء بملكرة المشروع التمهيلي أنه :

" وإذا حق الرد ، سواء لأن المدين اختاره أو لأنه أجبر عليه ، فإن كان رأس المال مبلغا من النقود ، كان هذا المبلغ هو الواجب الرد . ويجوز الاتفاق على أن يرد مبلغ أقل . أما الاتفاق على مبلغ أكبر ففيه شبهة الربا الفاحش " ^(٢).

٢٤٥- حالة ترتيب الدخل في مقابل نقود غير مقطرة أو في مقابل غير النقود :

إذا لم يكن الدخل مرتبا في مقابل مبلغ مقدر من النقود ، كما لو كان العقد يباعا جعل الثمن فيه رأس مال الدخل الدائم ، دون تقدير سابق للثمن .

أو كان عقد قرض الشيء المقترض فيه أشياء مثلية غير النقود . أو كان الدخل مرتبا بغير مقابل ، كما لو رتب بموجب عقد هبة أو وصية .

ففى هذه الحالات جميعا لا يكون رأس المال قلدا معينا من النقود معروفا من قبل ، ومن ثم يحسب رأس المال الواجب رده بأن يؤخذ مقدار الدخل في السنة الواحدة أساسا للتقدير ويكون هذا الدخل هو فائدته

(١) محمود جمال الدين زكى ص ٢٣٦ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٣٦ .

محسوبة بالسعر القانوني . فإذا كان مقدار الدخل في السنة مائة جنيه مثلا في مسألة مدنية ، فكل رأس المال بحيث تكون المائة جنيه هي فائدته محسوبة بسعر ٤% سنويا فيكون رأس المال هو $100 \times 100 \div 4 = 2500$ جنيه^(١).

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ... أما إن كان رأس المال من غير النقد ، فيرد مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل " .

(١) السنهاورى ص ٦٢٥ - محي الدين علم الدين ص ١٠٢ .

(العقد السادس)

(عقد المرتب مدى الحياة)

موضوع رقم (٢١)

(أحكام عقد المرتب مدى الحياة)

٢٤٦- تعريف المرتب مدى الحياة :

تنص المادة ٧٤١ من التقنين المدني على أن : "١- يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض .

٢- ويكون هذا الالتزام بعقد أو بوصية " .

فالمقصود بالمرتب مدى الحياة هو مبلغ من المال يعطى على أقساط ، إيرادا دوريا ، لشخص مدة حياته، أو مدة حياة شخص آخر .

٢٤٧- أوجه الشبه بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم :

يتشابه المرتب مدى الحياة والدخل الدائم في أن كلا منهما يصح أن يكون مصدره عقدا ، من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع ، كما يصح أن يكون بوصية ^(١) .

فيصح أن يبيع شخص منزلا بثمن ولا يتقاضاه وإنما يؤدي له مرتبا مدى حياته ، أو يقرض مبلغا يسترده إيرادا مرتبا مدى الحياة ، كما يصح أن يلتزم شخص على سبيل التبرع، عن طريق الهبة أو الوصية ، بمرتب يؤديه مدى حياة التبرع له .

(١) الدكتور عبد الرزاق الوسيط الجزء السابع المجلد الثاني ١٩٦٤ ص ١٠٤٣ .

٢٤٨- أوجه الخلاف بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم:

يختلف المرتب مدى الحياة عن الدخل الدائم فيما يأتي :

١- المرتب مدى الحياة موقوف بحياة من رتب الإيراد على حياته فإذا توفى انقضى المرتب ، فلا ينتقل إلى ورثته .

أما الدخل الدائم فإنه لا ينقضى بوفاة صاحب الدخل وإنما ينتقل إلى ورثته ثم ورثة ورثته وهكذا .

٢- المرتب مدى حياة غير قابل للاستبدال إلا إذا اشترط الاستبدال في إتفاق خاص .

أما الدخل الدائم فهو قابل دائما لاستبداله حتى لا يكون مؤبدا .

٣- المرتب مدى الحياة يصح أن يكون المدين فيه شخصا طبيعيا أو معنويا غالبا يكون شركة تأمين . أما الدخل الدائم فالغالب فيه أن يكون المدين شخصا معنويا لأنه دخل مستمر .

٤- المرتب مدى الحياة يجوز أن يزيد على سعر الفائدة القانونية أو الاتفاقية ، إذ هو ليس كله فائدة لرأس المال . فجزء منه يعتبر فائدة والباقي مقابل استهلاك رأس المال شيئا فشيئا ويتم الاستهلاك كاملا بانقضاء المرتب .

٥- المرتب مدى الحياة يكون بعقد شكلي أى مكتوب في ورقة رسمية أو عرفية وعلى هذا نصت المادة ٧٤٣ مدني صراحة كما سنرى . أما

الدخل الدائم فلم يشترط القانون فيه شكلا خاصا، وإنما يتبع شكل التصرف القانوني الذي رتبته ^(١).

٢٤٩- طبيعة المرتب مدى الحياة :

رأينا أن المادة ٧٤١ مدني تنص على أنه يجوز للشخص أن يلتزم بأن يؤدي إلى شخص آخر مرتبا دوريا مدى الحياة بعوض أو بغير عوض. ويكون هذا الالتزام بعقد أو وصية .

فالمرتب مدى الحياة قد ينشأ عن عقد أو وصية ، وقد يكون العقد من عقود المعاوضة أو من عقود التبرع.

كما يمكن أن ينشأ المرتب مدى الحياة عن واقعة مادية ، ونعرض لذلك بالشرح فيما يلي :

١- المعاوضات :

ينشأ المرتب مدى الحياة في الغالب بعقد من عقود المعاوضات ، وأهمها البيع والقرض .

فقد ينشأ عن عقد البيع ، بأن يبيع شخص لآخر عقارا أو منقولا ويتقاضى الثمن مرتبا مدى حياته . وهذا المرتب يزيد على ريع العين المبعة لأن جزءا منه يعادل ريع العين والجزء الآخر يعادل استهلاك العين المبعة شيئا فشيئا التي يبقى فيها المرتب ، إذ بانقضاء المرتب تكون العين

(١) السهوري ص ١٠٤٣ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٤٢٤ وما بعدها.

قد استهلك. ولذا يسمى هذا البيع بالفرنسية *aliénation à fondsperu* وترجمته بالعربية "التصرف المستهلك للعين" أو "التصرف المستهلك"^(١).

ولو كان المرتب مساويا لريع العين ، لم تكن هناك فائدة للبائع من هذا العقد ، ولو كان المرتب إيرادا يقل عن ريع العين، فإن الثمن في هذه الحالة يلحق بالثمن التافه ، فيكون كالثمن الصوري لا يتم به البيع .

وإذا كان مصدر المرتب مدى الحياة هو عقد البيع ، فإن أحكام البيع هي التي تسرى ، من حيث أهلية البائع وأهلية المشتري ومن حيث عيوب الإرادة ومن حيث انتقال ملكية المبيع إلى المشتري في العقار بالتسجيل ومن حيث ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية ومن حيث ضمان الثمن وهو هنا المرتب بامتياز البائع^(٢).

وقد ينشأ المرتب مدى الحياة عن عقد قرض ، بأن يقرض شخص آخر مبلغا يسترده مرتبا مدى الحياة .

ويكون المرتب أكثر من الفائدة القانونية ، لأن المرتب يشمل جزءا من الفائدة وجزءا من استهلاك رأس المال. ولا يجوز الطعن بأنه يخفى ربا فاحشا، لأن المرتب ليس كله فائدة .

ولا ينال من ذلك أن يكون صاحب المرتب قد عاش مدة طويلة وتقاضى مرتبا يزيد زيادة كبيرة على رأس المال بحيث يتحقق الربا الفاحش ، لأنه كان من الممكن أن يعيش مدة قصيرة ولا يتقاضى من

(١) السنهوري ص ١٠١٥ هامش (١) .

(٢) السنهوري ص ١٠٥٢ - محمد كامل مرسى ص ٤١٣ .

الأقساط ما يزيد على رأس المال أو كان يتقاضى من الأقساط ما يقل عن رأس المال .

٢- التبرعات :

قد ينشأ المرتب مدى الحياة عن تصرف تبرعى . ويكون ذلك عادة لعلاقة خاصة بين الملتزم بالمرتب وصاحب المرتب .

وقد ينشأ ذلك عن عقد هبة ، كأن يهب الزوج لزوجته مرتبا مدى الحياة أو إلى أولاده أو إلى أحدهم . أو يهب مخدوما مرتبا مدى الحياة لخدام أمين عجز عن العمل .

كما يمكن أن ينشأ ذلك عن وصية ، في مثل الحالات السابقة . وإذا كان التصرف هبة سرت عليه أحكام الهبة ، وإذا كان وصية سرت عليه أحكام الوصية .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يتقرر المرتب مدى الحياة بعقد أو وصية ، والعقد قد يكون معاوضة أو تبرعا . فيصح أن يبيع شخص منزلا بثمن هو مرتب يؤدي له مدى حياته ، أو يقرض مبلغا يسترده إيرادا مرتبا مدى الحياة ، كما يصح أن يلتزم شخص على سبيل التبرع ، من طريق الهبة أو الوصية ، بمرتب يؤديه مدى حياة المتبرع له . ولا يوجد للإيراد المرتب مصدر آخر غير العقد والوصية " (١) .

٣- الواقعة المادية :

قد يكون مصدر المرتب مدى الحياة واقعة مادية ، ومثال ذلك التعويض عن إصابات العمل ، إذا اتخذ التعويض صورة مرتب مدى الحياة ، أو التعويض عن العمل غير المشروع إذا اتخذ التعويض هذه الصورة .

ولذلك ليس صحيحا ما ذهبت إليه مذكرة المشروع التمهيدى من أنه : " ولا يوجد للإيراد المرتب مصدر آخر غير العقد والوصية " ^(١).

٢٥٠. المرتب مدى الحياة من التصرفات الاحتمالية :

المرتب مدى الحياة من التصرفات الاحتمالية لأنه يرتبط بحياة صاحب المرتب وينتهى بوفاته ، ولذلك يعتبر من عقود الغرر لأن أحد الأذنين لا يمكن مقدما معرفة مقداره .

والرأى الغالب فى الفقه والقضاء الفرنسين هو اعتبار الاحتمال فى المرتب مدى الحياة هو السبب فى العقد لا المحل ، فإذا انعدم هذا الاحتمال انعدم السبب وصار التصرف باطلا لانعدام السبب لا لانعدام المحل .

وقد أخذ المشروع التمهيدى للتقنين المدنى بهذا رأى إذ كانت تنص المادة ١٠٢٩ منه على أن " يقع باطلا كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتا وقت تقرير المرتب " . وقد جاء عنها بمذكرة المشروع التمهيدى أنه : " ربط المرتب بحياة إنسان هو الذى يجعله احتماليا ، لأن الموت لا يعرف ميعاده . وهذا الاحتمال هو السبب فى العقد ، كما هو

(٢) راجع البند السابق .

الأمر في سائر العقود الاحتمالية . فإذا انعدم الاحتمال بطل العقد أو كان عقدا آخر إلخ " .

إلا أن لجنة المراجعة قررت حذف المادة "لأن حكمها مفهوم من كون الاحتمال المترتب على ربط المرتب بحياة إنسان هو سبب الالتزام وإذا انعدم السبب بطل العقد"^(١).

غير أن رأيا في الفقه المصرى يذهب إلى أن الاحتمال في المرتب مدى الحياة هو محل التزام الملتزم بالمرتب، فهو قد التزم وجعل محل التزامه مرتبا ينطوى على عنصر الاحتمال . أما السبب فهو الدافع الرئيسى للتعاقد ، ولا يوجد له إلا شرط واحد وهو أن يكون مشروعاً . وإذا أريد تعيين السبب في المرتب مدى الحياة ، وجب أن يعين بأنه هو الدافع الرئيسى للملتزم بالمرتب في أن يلتزم به والغالب أن يكون هذا السبب مشروعاً ، إذ يهدف الملتزم بالمرتب عادة إلى أن يكفل للمستحق حياة مكفية الحاجة، وقد يكون غير مشروع ، كما إذا قرر شخص لخليته مرتباً مدى الحياة ليدفعها بذلك إلى معاشرته معاشرة غير مشروعة^(٢).

تطبيقات لاعتبار المرتب مدى الحياة عقدا احتماليا :

٢٥١- (أ) مرتب قرر مدة حياة شخص وجد ميتا :

كان المشروع التمهيدى للتقنين المدق يتضمن نصا برقم (١٠٢٩) يقضى بأن : "يقع باطلا كل مرتب قرر مدى حياة شخص وجد ميتا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣٠٩ الهامش وما بعدها .

(٢) السهنورى ص ١٠٦٢ وما بعدها .

وقت تقرير المرتب " - وجاء عنه بمذكرة المشروع التمهيدي أنه : " ربط المرتب بحياة إنسان هو الذى يجعله احتماليا ، لأن الموت لا يعرف ميعاده . وهذا الاحتمال هو السبب فى العقد ، كما هو الأمر فى سائر العقود الاحتمالية . فإذا انعدم الاحتمال بطل العقد أو كان عقدا آخر . ويترتب على ذلك أن العقد إذا رتب إيرادا مدى حياة إنسان وجد ميتا وقت ترتيب الإيراد فهو باطل ... إلخ " ، إلا أن المادة حذفت فى لجنة المراجعة "لأن حكمها مفهوم من كون الاحتمال المترتب على ربط المرتب بحياة إنسان هو سبب الالتزام وإذا انعدم السبب بطل العقد " . ومفاد ما تقدم أن المرتب مدى الحياة يرتبط بحياة صاحب المرتب وينتهى بوفاته ، وهذا يفترض بالضرورة أن صاحب المرتب كان حيا وقت تقرير المرتب . ومن ثم ينبى على تقرير مرتب مدى حياة شخص وجد ميتا أن سبب الالتزام - طبقا لما أخذ به الرأى السدى أشرنا إليه فى الفقه - يكون منعدا ، وبالتالي لا يترتب على العقد ثمة أثر .

٢٥٢- (ب) - تأقيت المرتب :

ذكرنا أن المرتب مدى الحياة يرتبط بحياة صاحب المرتب ، وهذا شرط جوهرى فى المرتب مدى الحياة ، لأن عنصر الاحتمال يكون موجودا . أما إذا رتب المرتب لمدة معينة أيا كانت طويلة أو قصيرة ، فإنه لا يكون قد ربط بحياة صاحب المرتب والى لا يعرف متى تنتهى . ومثال ذلك أن يقرض شخص آخر مبلغا من المال يرده إيرادا مرتبا لمدة خمس سنوات ، فإن العقد فى هذه الحالة يكون قرضا عاديا ، ومازاد

في مجموع الأقساط على المبلغ المقترض يكون فائدة يجب ألا تزيد على الحد الأقصى المسموح به في الفوائد الاتفاقية أما الإيراد المرتب مدى الحياة فصبغته الاحتمالية تمنع من معرفة ما إذا كانت الفوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به أو لا تزيد^(١).

وإذا باع شخص عقارا لآخر بثمن هو مرتب لمدة عشرين سنة فالعقد يكون يباعا عاديا قسط فيه الثمن على عشرين سنة ويجب ألا يزيد المرتب على الحد الأقصى المسموح به للفوائد القانونية .

وإذا وهب شخص آخر أو أوصى إليه بمرتب لمدة عشر سنوات ، كان العقد هبة أو وصية .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي عن المادة (١٠٢٩) من المشروع والتي حذفت في لجنة المراجعة :

أنه : "ربط المرتب بحياة إنسان هو الذي يجعله احتماليا ، لأن الموت لا يعرف مياعده كما لو أقرض شخص آخر مبلغا من المال يرده إيرادا مرتبا لمدة معينة ، فإن العقد في هذه الحالة يكون قرضا عاديا ، ومازاد من مجموع الأقساط على المبلغ المقترض يكون فائدة يجب ألا تزيد على الحد الأقصى المسموح به في الفوائد الاتفاقية . أما الإيراد المرتب مدى الحياة فصبغته الاحتمالية تمنع من معرفة ما إذا كانت الفوائد تزيد على الحد الأقصى المسموح به أو لا تزيد " ^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٧ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣٠٨ الهامش.

٢٥٢- شكل العقد:

تنص المادة ٧٤٣ مدق على أن :

" العقد الذى يقرر المرتب لا يكون صحيحا إلا إذا كان مكتوبا، وهذا دون إخلال بما يتطلبه القانون من شكل خاص لعقود الترع .

فيجب أن يكون العقد الذى يقرر المرتب مكتوبا .

والكتابة هنا للانعقاد وليس للإثبات فإذا لم يكن العقد مكتوبا كان العقد باطلا حتى لو أقربه الخصم أو نكل عن اليمين.

والكتابة المطلوبة ، يصح أن تكون رسمية أو عرفية غير أنه إذا كان العقد هبة ، أو وصية فإن يجب أن يتخذ العقد الشكل الذى يتطلبه القانون فى هذين التصرفين .

وينبى على ذلك أن الهبة إذا كانت مكشوفة وجب أن تكون فى ورقة رسمية وعلة إيجاب الكتابة فى عقد المرتب مدى الحياة أن هذا العقد مقدر له البقاء مدى حياة إنسان ما ، وقد تطول ومن ثم وجب أن يتوافر لكل من الطرفين السند المثبت لحقوقهما طول مدة حياة صاحب المرتب .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيلي أنه :

" لا يكون العقد الذى يقرر المرتب إلا فى ورقة مكتوبة . والكتابة ركن للانعقاد لا طريقة للإثبات وقد اشترط المشروع الكتابة لأن العقد مقدر له البقاء مدى حياة إنسان ما ، فوجب أن يكون مكتوبا . وإذا كان العقد هبة وجب أن تكون بورقة رسمية وفقا لقواعد الهبة " (١).

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣١١ وما بعدها .

٢٥٤. نوع المرتبات :

في الغالب تكون المرتبات المتفق عليها من النقود وتدفع سنويا إلى الدائن . ويجوز أن تكون المرتبات عينا من غير النقود ، وتسمى في بعض الأحوال عقد الإيواء أو الإطعام (Ballanounture) ، لأنه يجوز أن يشترط أن المدين بدلا من أن يدفع مرتبات من النقود يقوم بإيواء الدائن وإطعامه والإنفاق عليه من كل الوجوه مدة حياته ، ومثل هذا العقد صحيح ولو كان القانون لم ينص عليه صراحة ، لأنه ليس فيه ما يخالف النظام العام أو القانون ، وهو التزام بعمل من جانب المدين لا التزاما بنقل ملكية ، وهو بالنسبة إلى المرتبات كالمقايضة بالنسبة إلى البيع، فتتبع في شأنه القواعد الخاصة بالمرتبات مدى الحياة إلا ما كان من المستحيل تطبيقه عليه بالنسبة إلى طبيعته^(١) . ومن ذلك أن عقد الإيواء يعتد فيه بشخص المستحق فلا يجوز لهذا النزول عن حقه لشخص آخر .

وتكون أقساط المرتب عادة متساوية ، وغالبا ما تكون سنوية . وقد تكون شهرية أو فصلية أو غير ذلك . ولكن مقدار المرتب غير معروف مقدما لأنه يتوقف على حياة صاحب المرتب وهذه الحياة قد تطول أو تقصر .

وإذا كان الملتزم شركة تأمين فإنسها تقدر القسط بناء على الفائدة ومبلغ يمثل استهلاك رأس المال مدة حياة المستحق التي تحسب طبقا لعمره

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٨ .

الحالى وحالته الصحية ومهنته وما تتوقعه من العوامل التى قد تكون سببا لطول أو قصر الحياة وطبقا لجدول الوفيات^(١).

غير أنه لا يوجد ما يمنع من أن تكون أقساط المرتب غير متساوية ، تخضع فى تقدير كل قسط منها لعوامل اقتصادية متغيرة، كتنفقات المعيشة وأسعار الغلال ، وهذا ما يسمى بالسلم المتحرك (échelle mobile)، وهذا من شأنه أن يعالج عيبا فى الإيراد المرتب، إذ أن الأقساط الدورية المتساوية لمدة طويلة ، قد تصل إلى عشرات السنين ، لا تتلاءم مع تغير أسعار العملة على المدى الطويل^(٢).

٢٥٥- من الذى يتقرر المرتب مدى حياته ؟

تنص المادة ٧٤٢ مدنى على أن : " ١- يجوز أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم أو مدى حياة الملتزم أو مدى حياة شخص آخر .
٢- ويعتبر المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له إذا لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " .

فالأصل أن يكون المرتب مقررا مدى حياة الملتزم له وهو الدائن ، وهذه هى الصورة الغالبة فى العمل . ولذلك جعلها المشرع هى المقصودة حتى لو لم يصرح بها المتعاقدان أو الموصى . فإذا أريدت صورة أخرى وجب التصريح بها^(٣).

(١) محيى الدين علم الدين ص ٣٣٥ .

(٢) السهورى ص ١٠٦١ هامش (٢) .

(٣) السهورى ص ١٠٥٧ .

ويجوز أن يتعدد أصحاب المرتب ، فيقرر المرتب مدى حياة شخصين أو أكثر لكل منهم نصيب فيه كأن يقرر المرتب لرجل وزوجته. وفي هذه الحالة إما أن يكون التزامه لهما مع الأيلولة أو بدون أيلولة . والأيلولة تعني أنه إذا مات أحد أصحاب المرتب آل نصيبه إلى الآخر حتى يموت هو أيضا فينتهي الراتب . وهذا هو الأصل . أما عدم الأيلولة فهو يعني أنه بوفاة أحد المستحقين ينتهي ما كان يحصل عليه من راتب ويبقى للمستحق الآخر نصيبه فقط فتظهر الصورة كما لو هناك راتبان لكل مستحق راتب .

وقد يكون المرتب مدى حياة الملتزم إذا نص على ذلك . مثال ذلك أن يكافئ المخلوم الخادم براتب مدى حياة المخلوم . فيتقاضى المستحق المرتب ما بقى الملتزم حيا .

فإذا مات المستحق قبل أن يموت الملتزم ، انتقل المرتب إلى ورثة المستحق . وإذا مات الملتزم قبل أن يموت المستحق ، انقضى المرتب ولا يتقاضى المستحق شيئا من ورثة الملتزم .

وقد يكون المرتب لأقصر الحياتين أو لأطول الحياتين . حياة الملتزم أو حياة الملتزم له .

وقد يتقرر المرتب لامتدى حياة المستحق ولا مدى حياة الملتزم ، بل
مدى حياة شخص ثالث .

وهذه الصورة نادرة وتقع إذا كانت حياة هذا الشخص لها دخل في
تقرير المرتب .

مثل ذلك أن يقرر شخص لابن شقيقه راتبا مدى حياة شقيقة ليعينه
على الإنفاق عليه ، أو يقرر لفقر راتبا مدى حياة شخص غني إذا كان
هذا الفقير يرث ميراثا طيبا من الغني فيبرر ذلك قطع الراتب عنه بعد أن
يموت . وإذا مات المستحق انتقل الحق إلى ورثته إلى أن يموت الشخص
الثالث . وإذا مات الملتزم قبل الشخص الثالث انتقل الالتزام بالمرتب إلى
ورثته لمدة هي بقية عمر الشخص الثالث . وإذا مات المستحق والملتزم
أدى ورثة الثاني لورثة الأول الراتب حتى وفاة الشخص الثالث ^(١) .

على أنه إذا تقرر المرتب لشخص آخر غير الدائن كان العقد صحيحا
فيما بين العاقدين ، ولكنه لا يلزم ذلك الشخص الآخر لأنه لم يكن طرفا
فيه ، إلا عند قبوله ، والقبول إما أن يكون صريحا أو ضميا ، ويجوز
القبول مادام العاقدان أحدهما أو كلاهما لم يعدلا عن إيجابيهما . وللشخص
الثالث ألا يقبل ، إذ لا يجوز أحد على قبول عقد حتى لو كان ترعا ، فإذا
قبل تم العقد وأصبح نافذا ، وإذا رفض وجب على المتعاقدين أن يسويا
علاقتهما من جديد في شأن المقابل ، لأنه كان معلقا على شرط قبول
الشخص الثالث له وهو لم يقبل فتخلف الشرط .

وحق المنتفع يولد من وقت العقد ، فإذا قبل المشاركة اعتبر العقد نافذا من جهته من وقت حصوله ^(١).

وقد جاء بملزمة المشروع التمهيدى أنه :

"خاصية المرتب أن يكون معقودا بحياة شخص معين ، هو الدائن غالبا . وقد يكون هو المدين ، فإذا مات الدائن قبله انتقل المرتب إلى الورثة . وقد يكون أجنبيا غير الدائن والمدين ، فإذا مات المدين قبل الأجنبى انتقل المرتب إلى الورثة كذلك . وقد يكون الإراد مرتبا لأقصر الحياتين ، حياة الدائن أو حياة المدين ، فينقضى بموت أحدهما ولا ينتقل إلى الورثة . والمفروض فيما تقدم من الصور أن الإراد مرتب مدى حياة شخص واحد . ولا يوجد ما يمنع من أن يرتب مدى حياة أشخاص متعددين لكل منهم نصيب فيه ، سواء آل هذا النصيب بعد موته إلى من بقى حيا من الأشخاص الآخرين أو لم يول . على أن الصورة الغالبة من هذه الصور جميعا هى تقرير المرتب مدى حياة الدائن . لذلك كانت هى الصورة التى تفرض إذا لم يوجد اتفاق خاص على غير ذلك " ^(٢).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤١٤ وما بعدها .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣٠٩ .

الالتزام بأداء المرتب

٢٥٦- كيفية أداء أقساط المرتب :

تنص المادة ٧٤٥ مدق على أن :

" ١- لا يكون للمستحق حق في المرتب إلا عن الأيام التي عاشها من قرر المرتب مدى حياته .

٢- على أنه إذا اشترط الدفع مقدما كان للمستحق حق في القسط الذي حل " .

ويبين من هذا النص أن المرتب يستحق طوال المدة التي عاشها من قرر المرتب مدى حياته . فإذا توفى انقطع المرتب .

ويبدأ استحقاق المرتب أى أداء الأقساط من يوم تمام العقد الذي أنشأ المرتب ، فإن كان التصرف الذي أنشأ المرتب وصية فمن يوم وفاة الموصى . ولا يحسب اليوم الذي تم فيه العقد أو الذي توفى فيه الموصى ، فلا يستحق عنه المرتب ، لأنه يوم ناقص بطبيعته ، ويستحق المرتب ابتداء من اليوم التالي .

وقد يتفق في العقد على أن يبدأ أداء المرتب من وقت نقل ملكية رأس المال إلى الملتزم ، وحينئذ يبدأ أداء المرتب من هذا الوقت .

ويستمر أداء أقساط المرتب للمستحق حتى اليوم الذي يتوفى فيه من ربط المرتب بحياته . وغالبا ما يشترط أداء الأقساط مقدما لأن المستحق سوف يتعيش منها ، وإذا لم يوجد هنا الاتفاق كان أداء القسط في نهاية فترته . والقسط المستحق في بداية الفترة التي يدفع فيها ، لا يرد منه شيء حتى لو مات الشخص الذي ربط بحياته المرتب خلال الفترة التي

استحق عنها وقبل حلول القسط الثانى . هذا ما لم يتفق على أن المرتب لا يكون مستحقا إلا بقدر الأيام التى عاشها من تقرر المرتب مدى حياته^(١) . ولما كان يوم الوفاة يعتبر بدوره يوما ناقصا بطبيعته . فإن المرتب لا يكون مستحقا عنه ويستحق إلى نهاية اليوم السابق .

ويقع على عاتق المستحق عبء إثبات أن الشخص الذى ربط المرتب بحياته لا يزال حيا ، حتى يكون مستحقا لما حل من أقساط المرتب . فإذا كان هو نفسه المستحق ، فقد ذهب البعض إلى أنه يلزم بتقدم شهادة إثبات وجوده على قيد الحياة بالطرق المعتادة^(٢) .

بينما يرى البعض - بحق - أنه يكفى أن تتحقق المحكمة من شخصية المستحق بوسائل إثبات الشخصية المعتادة^(٣) .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" يبقى المرتب ما عاش الشخص الذى تقرر المرتب مدى حياته ، وينقطع فى اليوم الذى يموت فيه . وإذا حل قسط وجب دفعه يوم حلوله ، ولا يرد منه شئ حتى لو مات هذا الشخص قبل حلول القسط التالى . هذا ما لم يتفق على أن المرتب لا يكون مستحقا إلا بقدر الأيام التى عاشها من تقرر المرتب مدى حياته " ^(٤) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣١٤ وما بعدها .

(٢) السهنورى ص ١٠٦٩ .

(٣) محي الدين علم الدين ص ٣٣٦ .

(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣١٤ وما بعدها .

٢٥٧- المرتب غير قابل للاستبدال :

المرتب مدى الحياة غير قابل للاستبدال ، فلا يجوز للملتزم بالمرتب إذا كان العقد معاوضة التخلص من التزامه بأن يرد العين أو رأس المال إلى المستحق .

وفي هذا يختلف المرتب مدى الحياة عن الدخل الدائم ، والذي يجوز فيه استبدال الدخل في أى وقت .

ولو كان العقد تبرعا فالمتبرع ملزم بأداء المرتب ولا يستطيع التخلص منه بأداء شئ آخر ، فهو لم يأخذ عوضا .

غير أن هذه القاعدة لا تتعلق بالنظام العام ، فيجوز للملتزم بالمرتب أن يشترط جواز تخلفه من المرتب يرد المقابل الذى أخذه إذا كان المرتب قد تقرر معاوضة ، أو يرده رأس مال معين المقدار إذا كان قد تقرر تبرعا^(١).

٢٥٧ مكررا - الأصل قبليية المرتب للحجز والتحويل :

تنص المادة ٧٤٤ مدنى على أن :

" لا يصح أن يشترط عدم جواز الحجز على المرتب إلا إذا كان قد قرر على سبيل التبرع " .

فالأصل أن شرط عدم جواز التصرف ، ويلحق به شرط عدم جواز الحجز ، لا يصح إلا إذا كان لمدة معقولة ولحماية مصلحة مشروعة . وقد تكون المدة المعقولة مدى حياة إنسان .

(١) السنهورى ص ١٠٧٢ .

ومن ثم تعتبر المادة ٧٤٤ تطبيقاً للمادة ٨٢٣ مدى التى تنص على أن:
" إذا تضمن العقد أو الوصية شرطاً يقضى بمنع التصرف فى مال ، فلا
يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيًا على باعث مشروع ، ومقصوراً على
مدة معقولة .

٢- ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية
مصلحة مشروعة للمتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير .

٣- والمدة المعقولة يجوز أن تستغرق مدى حياة المتصرف أو المتصرف
إليه أو للغير " .

وبالترتيب على ذلك إذا عقد المرتب مدى الحياة معاوضة كقرض
بفائدة أو بيع يكون المرتب قابلاً للحجز عليه من دائى المستحق وتحويله
من المستحق إلى الغير ، شأن المرتب فى ذلك شأن سائر أموال المستحق.
ويستوى فى ذلك أن يكون ما يحجز عليه أو يحول هو الأقساط التى حلت،
أو الأقساط التى ستحل ، أو أصل المرتب ذاته .

ولا يجوز الاتفاق على عدم قابليته للحجز وللتحويل . ويكون مثل هذا
الاتفاق باطلاً لمخالفته للنظام العام .

أمّا إذا كان المرتب قد تقرر تبرعاً فإنه يدخل فى مال المستحق دون
عوض يخرج من ماله ، وكان المتبرع يستطيع ألا يتبرع به أصلاً ، فأولى
أن يستطيع التبرع مع اشتراطه عدم جواز الحجز ، مراعاة لمصلحة
المستحق لنفسه فقد أراد المتبرع أن يكفل للمستحق حاجات المعيشة

بهذا المرتب ، وللاستيثاق من ذلك اشترط ألا يجوز لدائى المستحق المحرز عليه ، فيكون الشرط صحيحا لأنه مبني على باعث مشروع ومقصود على مدة معقولة^(١).

٢٥٨- سقوط المرتب وأقساطه بالتقادم :

راجع بند (٢٣٦) .

جزاء الإخلال بالتزام المدين بأداء المرتب :

٢٥٩- النص القانوني :

المادة (٧٤٦) مدني :

" إذا لم يقم المدين بالتزامه كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد، فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له عل "

٢٦٠- (أ) - التنفيذ العيني :

رأينا أن المادة ٧٤٦ تنص في صدرها على أنه إذا لم يقم المدين بالتزامه كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد . وبالتالي إذا تأخر المدين في دفع قسط من أقساط المرتب ، سواء كان المرتب معاوضة أو تبرعا ، كان للمستحق التنفيذ العيني فضلا عن المطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر من جراء التأخير .

(١) السنهاورى ص ١٠٦٩ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٤٢٠ وما بعدها.

وهذا كله تطبيق للقواعد العامة وإذا استمر الملتزم في الامتناع عن دفع أقساط المرتب ، جاز أن يحكم بالحجز على أمواله ويبيعها بحيث ينتج من البيع مبلغ كافى لأداء أقساط المرتب مدى الحياة .

ويكون تحديد مبلغ المبلغ الكافى ، بتقدير مبلغ يكفى إذ دفع إلى شركة تأمين ، لأن تودى الشركة إلى المستحق أقساط المرتب ، فإذا فرض أن القسط السنوى للمرتب مائة جنيه وتقاضى المستحق من الملتزم أقساطا عشرة ، فإن المرتب يكون قد دام عشر سنوات ، وما بقى من أقساطه يكفى أن يخصص للوفاء به مبلغ أقل كثير من المبلغ الذى دفعه المستحق للملتزم بفرض أن المرتب تقرر معاوضة . فإذا كان المستحق قد دفع للملتزم ألفى جنيه ، فإن ألفا واحدا يكفى في الغالب شركة تأمين لتودى في مقابله إلى المستحق الأقساط الباقية من المرتب إلى أن ينقضى^(١).

٢٦١- (ب) - فسخ العقد :

رأينا أن المادة ٧٤٦ نصت على أنه : " إذا لم يقم المدين بالتزاماته كان للمستحق أن يطلب تنفيذ العقد فإن كان العقد بعوض جازله أيضا أن يطلب فسخه مع التعويض إن كان له محل " .

فإذا كان المرتب مدى الحياة بموجب عقد معاوضة كقرض أو بيع ، فإنه يجوز للمستحق إذا لم يقم المدين بأداء أقساط المرتب أن يطلب فسخ العقد ، مع التعويض الضرر الناجم له عن التأخير . وليس هذا الحكم إلا تطبيقا للقواعد العامة المنصوص عليها بالمادة ١٥٧ مدق ، ولذلك فإن

(١) السهورى ص ١٠٧٥ محي الدين علم الدين ص ٣٣٦ .

(معالي السهورى باشا) قرر أثناء مناقشة المادة فى لجنة القانون المدنى " إن هذه المادة ما هى إلا تقرير للقواعد العامة وأنها ما وضعت فى المشروع إلا لأن القانون الحالى ينص على غير ذلك " .

وجاء بتقرير اللجنة : " رأت اللجنة أن تضيف إلى النص عبارة "فإن كان العقد بعوض جاز له أيضا أن يطلب" بعد عبارة " تنفيذ العقد " وقد راعت اللجنة فى هذا أن الملتزم له أن يطلب تنفيذ العقد عينا إذا لم يتم المدين بالتزامه . على أن العقد قد يكون من قبيل المعاوضات ، وفى هذه الحالة رأى أن يصرح فى النص بإعطاء الملتزم له حق المطالبة بالفسخ أيضا تمشيا مع القواعد العامة " (١) .

كما يجوز للمستحق طلب الفسخ إذا توقف الملتزم عن تقديم التأمينات أو أضعفها ويترتب على الفسخ إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل العقد ، ومن ثم يلتزم المدين برد رأس المال وفوائده القانونية من وقت تسلمه له أو برد العين التى نقلت ملكيتها إليه مع الربيع الذى حصل عليه أو كان يجب أن يحصل عليه .

ولما كانت فوائد رأس المال أو ريع العين يزيد عادة على فوائد الأقساط، فإن المقاصة تقع بين فوائد الأقساط وفوائد رأس المال أو ريع العين ، فيبقى فائض من فوائد رأس المال أو ريع العين يدفعه الملتزم للمستحق وينتهى الأمر إلى أن المستحق يرد الأقساط التى قبضها ، ويرد الملتزم رأس المال

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣١٧ وما بعدها .

أوالعين مع الفرق ما بين فوائد رأس المال أو ريع العين وبين فوائد الأقساط^(١).

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدي أنه :

" ينص التقنين المصرى (م ٤٨٠ ققرة ٣ / ٥٨٨) " على أنه يجوز لصاحب الإيراد فى حالة عدم الوفاء أو عدم أداء التأمينات أو إعدامها أو إظهار إفلاس المدين بالإيراد أن يتحصل فقط على بيع أموال هذا المدين وتخصيص مبلغ من أثمانها كاف لأداء المرتبات المتفق عليها " ومعنى ذلك أن الدائن لا يستطيع طلب الفسخ . ويقال فى تعليل ذلك إن الفسخ متعذر ، إذا الفسخ يرجع المتعاقدين إلى ما كانا عليه، فلو باع شخص منزلا بإيراد مرتب مدى الحياة وقبض بعض الأقساط ، ثم جد ما يميز الفسخ ، فإذا رد ما قبضه من الأقساط واسترد المنزل فإنه لا يمكن القول بأن ريع المنزل فى المدة التى بقى فيها العقد قائما يعدل فوائد الأقساط التى ردت .

وظاهر أن هذه الحجة لا تقوم حائلا دون الفسخ . وقد قرر المشروع أنه إذا لم يتم المدين بالتزامه كان للدائن أن يطلب تنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض إن كان له محل فى حالى التنفيذ والفسخ . فإذا أراد الدائن الفسخ ، رد الأقساط واسترد المنزل ، وأخذ على سبيل التعويض الفرق

(١) السهنورى ص ١٠٧٨ .

ما بين ريع المنزل وفوائد الأقساط ، هذا غير ما يستحقه من التعويض لأسباب أخرى " (١).

ولاشك أن هناك خطر تحمله المستحق ، إذ كان معرضا طوال المدد التي قبض فيها أقساط الإيراد لأن يموت إذا كان المرتب مربوطا بحياته أو لأن يموت الشخص الذي ارتبط المرتب بحياته ، فينقضى المرتب في هذه الحالة . ومن ثم وجب تعويضه عن هذا الخطر ، وما أصابه من أضرار أخرى ، على أن يترك للقاضي تقدير هذا التعويض (٢).

أما إذا كان المرتب قد تقرر تبرعا ، فإن لا محل لطلب الفسخ ، لأن المستحق لم يدفع شيئا حتى يسترده . فهو سيخسر مرتبه بالفسخ .

٢٦٢. انقضاء عقد المرتب مدى الحياة :

ينقضى عقد المرتب مدى الحياة بموت الشخص الذي اشترط دفع المرتب مدى حياته . ويجب على الدائن أن يثبت بقاء هذا الشخص على قيد الحياة لكي يحصل على المرتب .

وإذا مات المدين قبل الدائن التزم ورثته بدفع المرتب .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٣١٦ .

(١) السنهوري ص ١٠٧٩ - وينهب الفقه في فرنسا إلى أن التعويض الجائر للضرر الذي نتج عن الخطر المشار إليه بلئن هو استيفاء الأقساط التي قبضها المستحق .

ولا ينقضى العقد بدفع المدين أصل الدين كما في الدخل الدائم ، إلا
إذا اشترط المتعاقدان صراحة أن للمدين الحق في أن يرد أصل الدين إلى
الدائن ليتخلص من دفع المرتب^(١)، كما ذكرنا سلفا .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٢٤١ وما بعدها .

العقدان السادس والسابع
(عقد المقامرة وعقد الرهان)

موضوع رقم (٢٢)

**التنظيم التشريعي للمقامرة والرهان - تعريف المقامرة والرهان -
أوجه الشبه والاختلاف بين عقلى المقامرة والرهان -
خصائص عقود المقامرة والرهان**

٢٦٢. التنظيم التشريعي للمقامرة والرهان :

نظم معظم القوانين المدنية عقود المقامرة والرهان . ولكن التقنين
المصري الملقى لم يذكر شيئا بخصوصها ، مع ما لها من الخطر ، ومع
شيوعها في مصر على أشكال مختلفة . وقد اضطرت القانون الإداري
والقانون الجنائي للتدخل لتجنب أخطارها . وفيما عدا ذلك ترك أمرها
للقضاء ، وكان القضاء يطبق أحكام القانون الفرنسي .

أما القانون المدني الجديد فقد نظم المقامرة والرهان في الفصل الأول
من الباب الرابع (الخاص بعقود الغرر) من الكتاب الثاني في المادتين ٧٣٩ ،
٧٤٠ .

وكما نقول المذكرة الإيضاحية للتقنين المدني (نظرة عامة) حرم
المشروع المقامرة تحريما أبعد أثرا من تحريم التقنين الفرنسي . فكل اتفاق
على مقامرة أو رهان يكون باطلا ، ويستطيع من خسر أن يسترد ما دفعه ،
وله أن يثبت الدفع بجميع الطرق . أما التقنين الفرنسي فقد منع الخاسر
من أن يسترد ما دفع إلا إذا كان هناك غش من الطرف الآخر ، وهذا من
شأنه أن يضعف من أثر تحريم المقامرة ، فإن المقامرين يعتبرون دين القمار
متعلقا بالشرف ويحتمون دفعه في مدة وجيزة ، فإذا ما دفع لا يسترد

واستثنى المشروع من تحريم المقامرة الألعاب الرياضية إذا كان الرهان بين المتبارين أنفسهم ، ولكنه أعطى الحق للقاضى فى تحفيض قيمة الرهان إذا كان مبالغاً فيه . واستثنى كذلك ما رخص فيه القانون من أوراق النصب " (١).

٢٦٤- تعريف المقامرة والرهان :

المقامرة (Lejeu) عقد بمقتضاه يتعهد شخصان أو أكثر بدفع مبلغ معين لمن يربح منهم .

والرهان (Pari) عقد بمقتضاه يتفق شخصان أو أكثر يختلفوا على أمر ما على أن من يظهر صواب رأيه منهم يتسلم من الآخرين مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر (٢).

وقد قضت محكمة النقض بأن الربح كما يتحقق فى صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضاً فى المقامرة على طعام أو شراب لمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شئ آخر يقوم بمال .

إذ قضت الدائرة الجنائية بمحكمة النقض بأن :

١- " المراد بالألعاب القمار فى معنى نص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ إنما هى الألعاب التى تكون ذات خطر على مصالح الجمهور ، وقد عدد القانون بعض أنواع ألعاب القمار فى بيان على سبيل

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ص ٣٠٠ .

(٢) محمد كامل مرسى ص ٤٢٧ .

المثال وتلك التي تنفرع منها أو تكون مشابهة لها وذلك للنهي عن مزاولتها في المحال العامة والأندية - وهي التي يكون الريح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة - ولما كان الريح كما يتحقق في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا في المقامرة على طعام أو شراب فثمة مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شئ آخر يقوم بمال، وكان الحكم المطعون فيه لم يبين نوع اللعب الذى ثبت حصوله في المقهى وبذلك جاء مجعلا في هذا الخصوص مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها بالحكم وهو مما يعيبه بالبطلان ويستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٩٠٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/١٦)

٢- " متى كان الحكم قد أثبت أن اللعبة التي كان يزاولها بعض رواد المقهى هى لعبة " الكونكان " وهى من ألعاب القمار المحظور لعبها في المحال العامة طبقا لنص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ وقرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ ، وكان الريح كما يتحقق في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا في المقامرة على طعام أو شراب فثمة مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شئ آخر يقوم بمال، وكانت المادة ٣٨ من القانون سالف الذكر تنص على أن يكون مستغل المحل ومديره والمشرف على الأعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكامه ، وهى مسئولية أقامها الشارع وافترض بها علم هؤلاء بما

يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المطعون ضدهما من جريمة السماح بلعب القمار تأسيسا على أن لعب الورق لقاء دفع الخاسر من اللاعبين من الشراب لا يعتبر من قبيل المقامرة ، وعلى أنه لا يمكن افتراض علم صاحب المقهى بالجريمة- غير صحيح في القانون مما يعيه ويستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٩٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٣٠)

٣- " لما كان من المقرر طبقا لنص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٢١ لسنة ١٩٥٦ أنه لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور ، وكان مستغل المحل ومديره مسئولين عما يقع بالمحل خلافا لذلك عملا بالمادة ٣٨ من القانون ذاته وكان الربح الذي يستهدفه لاعب القمار قد يتحقق باستحقاق لمن طعام أو شراب لصالح المحل أو بحصوله على شيء آخر يقوم به . كان تمام جريمة لعب القمار لا يتوقف على قبض ثمن الطلبات فعلا ، فإن ما أثاره الطاعن من أن الواقعة تعد شروعا غير مؤثم لأن اللاعبين لم يكونوا قد سدّدوا ثمن الطلبات حين تم ضبطهم يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان مما لا تلتزم المحكمة بالرد عليه " .

(طعن رقم ٥٦٠٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٣/١٧)

٤- " لما كانت لعبة " الشيش ييش " ، التي كان يزاولها المحكوم عليهما الآخران بمقهى الطاعن وفي حضرته وتحت سمعه وبصره ، هي من ألعاب

القمار المحظور لعبها في المحال العامة طبقا لنص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ - في شأن المحال العامة- وقرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ ، وكان الربح كما يتحقق في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا في المقامرة على طعام أو شراب ثمنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شئ آخر يقوم بمال ، فإن مسئولية الطاعن باعتباره مستغلا للمقهى عن هذه المخالفة تكون قد تحققت على مقتضى المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ سالف الذكر ، سواء أعادت عليه فائدة من وراء المقامرة أم لا " .

(طعن رقم ١٠٣٣٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/٣)

ويجب أن تكون الواقعة غير المحققة في الرهان أجنبية عن حالة المتراهنين بحيث لا تحملهم خسارة أو تجلب لهم كسبا . فإذا اتفق وارثان على أن أيا منهما يوصى له المورث يدفع للآخر الذى لم يوصل له مبلغا من المال لم يكن هذا الاتفاق رهانا ، بل هو تأمين جائز^(١).

٢٦٥- أوجه الشبه والاختلاف بين عقلى المقامرة والرهان :

يتشابه العقدان في أن في كل منهما يعد شخصان أو أكثر كل منهما الآخر تحت شرط متشابه بدفع مبلغ معين أو شئ معين بحيث أن أحدهما يصبح في النهاية دائما للآخر .
ومن يستحق المبلغ منهما هو الرابع ، والآخر هو الخاسر .

(١) السهنورى ص ٩٨٥ هامش (١) .

ونكن المقامرة تختلف عن الرهان في أن المقامر يقوم بدور إيجابي في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة أما المتراهن فلا يقوم بأى دور في محاولة تحقيق صدق قوله .

ومثال ذلك ما يتفق عليه اللاعبون في مباراة ألعاب الورق كالبوكر والكونكان وغيرها من الألعاب كالشطرنج والطاولة ، وفي الألعاب الرياضية كالجرى والقفز وغيره . إذ يتفق المتبارون على أن يكسب اللعب منهم يحصل من الخاسرين على مبلغ معين من النقود . وهذا الاتفاق عقد مقامرة لأن كلا من المتعاقدين قد اشترك في المباراة وبذل جهدا فيها . أما إذا تراهن عدد من المشاهدين للمباراة على أن يكون الكاسب من اللاعبين ، فهذا هو الرهان لأن أحدا منهم لم يقم بأى دور في محاولة تحقيق الواقعة غير المحققة .

غير أن هناك صورا تدق فيها التفرقة بين المقامرة والرهان . فمن يشتري ورقة نصيب يغلب أن يكون مراهن لا مقامرا لأنه لا يقوم بأى دور إيجابي في تحقيق الكسب الذى يظفر به . ومن يضارب فى البورصة يغلب أن يكون مراهن لا مقامرا لأنه وإن تنبأ بالصعود أو النزول إلا أنه لم يبذل ثمة دور إيجابي في تحقيق ذلك .

٢٦٦- خصائص عقود المقامرة والرهان :

تتميز عقود المقامرة والرهان بالخصائص الآتية :

١- الرضائية : فالعقد ينعقد بالتراضي بإيجاب وقبول وتشتط الأهلية

الكاملة لصحة التراضي في العقود التي يميزها المشرع .

٢- عقد ملزم للجانبين : ذلك أن كل من المقامرين أو المتراهنين

يلتزم نحو الآخر بدفع المال المتفق عليه إذا خسر المقامرة أو الرهان .

أما عند التنفيذ فيكون العقد ملزما للجانب الذي يخسر فقط ، إذ يقع

على عاتقه أداء المبلغ المتفق عليه إلى المتعاقد الآخر .

٣- عقد احتمالي : فهو من عقود الغرر ، إذ لا يستطيع أحد

المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد ، ما إذا كان سيحصل على المبلغ

المتفق عليه أم أنه سيدفعه للمتعاقد الآخر ، إذ لا يبين ذلك إلا في المستقبل.

٤- عقد معاوضة : ذلك أن المقامر أو المتراهن إذا كسب شيئا فذلك

في مقابل تعرضه للخسارة ، وإذا خسر شيئا فذلك في مقابل احتمال

الكسب .

موضوع رقم (٢٢)

(أحكام المقامرة والرهان)

٢٦٧- بطلان المقامرة والرهان :

تنص المادة ٧٣٩ مدق على أن :

" ١- يكون باطلا كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان .

٢- ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث

سنوات من الوقت الذى أدى فيه ما خسره ولو كان هناك اتفاق يقضى

بغير ذلك وله أن يثبت ما أداه بجميع الطرق " .

فالمقامرة والرهان يتوقفان على الحظ ولذلك كان الاتفاق الخاص بهما

باطلا لمخالفته للآداب والنظام العام . والبطلان هنا مطلق لا ترد عليه

الإجازة .

فيحوز لكل ذى مصلحة التمسك بالبطلان ، فيحوز هذا للمتعاقد

الخاسر وخلفه العام من وارث وموصى له بجزء من التركة، وخلفه الخاص

إذا كانت الخسارة واردة على عين انتقلت ملكيتها إلى خلف خاص.

ويحوز ذلك أيضا لدائن المقامر أو المتراهن الذى خسر، لافحسب بموجب

الدعوى غير المباشرة ، بل أيضا بطريق مباشر حتى يقرر بطلان العقد فلا

يزاحمه من كسب في التنفيذ على أموال المدين^(١).

كما يجوز للمتعاقد الآخر التمسك بالبطلان . ويجوز التمسك بالبطلان ولو لأول مرة أمام محكمة النقض . ويجب على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

وقد عمد المشرع إلى تقرير هذا البطلان المطلق لأن المقامر أو المتراهن يقوى في نفسه الإثراء لا عن طريق العمل والكد ، بل عن طريق المصادفة وهو ما يدعو إلى التكاسل والتواكل ، والانصراف عن الإنتاج ، فضلا عما تؤدي له من استنزاف أموال طائلة طمعا في كسب غير محقق .

وقد جاء بمنكرة المشروع التمهيدى أنه :

" المقامرة والرهان يتوقفان على الحظ ، لذلك كان الاتفاق الخاص بهما باطلا لمخالفته للآداب وللنظام العام والبطلان مطلق لا ترد عليه الإجازة ... إلخ " ^(١).

٢٦٨- إثبات المقامرة والرهان :

يجوز إثبات المقامرة والرهان بكافة طرق الإثبات القانونية، ولو كانت قيمة المبلغ تجاوز خمسمائة جنيه ، لأن العقد غير مشروع لمخالفته النظام العام والآداب .

وبطلان يقع دون إثبات غش من الطرف الآخر .
ويقع أحيانا التحايل للإفلات من البطلان المطلق ، وذلك عن طريق تجديد الدين بتغيير الدائن أو المدين أو الدين أو مصدر الدين ، ومثل هذا

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية ج٥ ص ٣٠١ .

التحديد يكون أيضا باطلا بطلانا مطلقا ، لأن العقد الباطل لا ينتج أى أثر، فلا يمكن أن يكون هناك تحديد لهذا الالتزام الباطل .
وإذا حصل الدائن من المدين فى دين المقامرة أو الرهان على اعتراف بالدين أو مصادقة عليه ، أو سند يثبت هذا الدين أو ورقة تجارية لأمر الدائن أو للحامل أو حتى لأمر غير الدائن ، فإن هذه الأوراق جميعها تمثل التزاما باطلا فتبطل هى أيضا ، وللمدين أن يحتج بهذا البطلان تجاه الدائن وتجاه الغير الذى انتقلت إليه وهو يعلم ببطلان العلاقة الأصلية ، أما إذا كان لا يعلم فلا يحتج عليه حيثئذ بالبطلان وإنما يكون على المدين أن يفى بقيمة الورقة وأن يرجع بعد ذلك على الدائن بما وفاه ليسترده . ومن وسائل التحايل أيضا أن يتفق الطرفان على أن يكون الوفاء بمقابل^(١).

٢٦٩- بطلان الصلح والتحكيم على دين المقامرة أو الرهان :

تنص المادة ٥٥١ مدق على أنه : " لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام " ، ومن ثم يقع باطلا تصالح المتعاقدين على مبلغ معين على أنه مقدار الخسارة ، ولا يجوز للكاسب مطالبة الخاسر بهذا المبلغ .

وتنص المادة ١١ من القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ (المعدل) بإصدار قانون فى شأن التحكيم فى المواد المدنية والتجارية على أنه لا يجوز التحكيم

(١) محى الدين علم الدين ص ٣٤١ .

في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح . ولما كان الصلح لا يجوز - كما تقدم -
في المسائل المتعلقة بالنظام العام ، ومن ثم فإنه لا يجوز التحكيم في دين
المقامرة أو الرهان ^(١) .

٢٧٠- آثار البطلان :

تخضع آثار البطلان للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١/١٤٢
مدن . فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد .

فإذا كان الخاسر لم يدفع إلى العاقد الآخر المبلغ المتفق عليه . فإنه لا
يجوز إجباره على دفعه . وإذا رفعت عليه دعوى المطالبة من التعاقد الآخر ،
كان له دفعها ببطلان العقد ، وهذا ما يسمى بدفع المقامرة .

وإذا كان الخاسر قد دفع المبلغ المتفق عليه كان له استرداد ما دفعه
بالتفصيل الذي سيأتي في البند التالي .

٢٧١- دعوى الاسترداد :

إذا كان الخاسر في المقامرة أو الرهان قد دفع المبلغ المتفق عليه كان له
استرداد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ،
لأنه يكون قد دفع ما هو غير مستحق . ولا يمكن أن يكون هناك التزام
طبيعي لأن المادة (٢٠٠) مدن تقضى بأنه " وفي كل حال لا يجوز أن
يقوم التزام طبيعي يخالف النظام العام " .

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في إيجار وبيع الأماكن الخالية
الطبعة الخامسة عشرة ٢٠٠٢/٢٠٠٣ الجزء الأول ص ٤١٠ .

ولا يحول من الاسترداد أن يكون الخاسر عالما وقت الدفع ببطلان العقد، لأن علمه بالبطلان لا يمنعه من الاسترداد طبقا للأحكام المقررة في دفع غير المستحق .

ويتنقل الحق في الاسترداد إلى ورثة الخاسر .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" وغنى عن البيان أن الحق في الاسترداد ينتقل إلى الورثة . فإذا مات الخاسر بعد أن أدى ما خسره ، ولم يمض عام على الدفع ، جاز للورثة أن يستردوا هم ما دفعه مورثهم . واستعمال الورثة لهذا الحق بعد موت مورثهم أكثر احتمالا من استعمال المورث للحق حال حياته لذلك يحسن أن تغطال مدة الاسترداد إلى ثلاث سنوات حتى ينفصح الوقت أمام الورثة"^(١).

وقد عدلت لجنة المراجعة هذه المادة إلى ثلاث سنوات .

وأحكام الاسترداد مما يتعلق بالنظام العام، وعلى هذا نصت الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ مدق بقولها : " ولمن خسرق مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه ... ولو كان هناك اتفاق يقضى بغير ذلك ... إلخ " وبالبناء على ذلك إذا اتفق العاقدان على أنه لا يجوز للخاسر استرداد ما دفعه من دين المقامرة أو الرهان ، فإن هذا الاتفاق يقع باطلا ويجوز له استرداد ما دفعه .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣٠٢ .

٢٧٢- تقادم دعوى الاسترداد :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٧٣٩ مدني على أن : " ولمن خسر في مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من الوقت الذي أدى فيه ما خسره ... إلخ " . فدعوى الاسترداد لا تسقط إلا بانقضاء ثلاث سنوات من الوقت الذي دفع فيه الخاسر ما اتفق عليه . وتستنفق هذه المدة مع مدة تقادم دعوى الاسترداد الواردة في القواعد العامة (م ١٨٧ مدني) .

٢٧٣- القرض للمقامرة أو الرهان :

يعتبر من ديون اللعب **dette de jeu** ، ليس الدين الناشئ مباشرة من عقد المقامرة أو المراهنة فحسب ، بل أيضا كل دين يعقد بمناسبة اللعب ، مع أحد اللاعبين أو مع شخص له فيه مصلحة مباشرة أو غير مباشرة ، مثل الدين الناشئ من نقود يقرضها في أثناء اللعب أحد اللاعبين للآخر ، أو الدين الناشئ من نقود يقرضها الخاسر من شخص آخر ^(١) .

فالقرض في هذه الحالة يكون سببه غير مشروع ، فإذا كان المقرض عالما بسبب القرض ، وأنه يقصد تمكين المقرض من المقامرة أو الرهان ، فإن العقد يقع باطلا . ويجوز له استرداد ما دفعه إلى أحد المتعاقدين بموجب قاعدة استرداد ما دفع دون حق .

أما إذا كان القرض لاحقا للمقامرة أو الرهان ، والقصد منه سداد الخسارة ، فإن الدفع يكون غير قائم على حق ملزم ويجوز للمقرض

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٠ .

استرداد ما دفعه ، ولكن هذا لا يعنى أن دفع الخسارة أمر غير مشروع
وهذا في العلاقة فيما بين المقرض والمقترض ومن كسب في المقامرة. أما في العلاقة
بين المقرض والمقترض ، فيحكمها عقد القرض المبرم بينهما ، وهذا العقد
لم يشبه بطلان فينقذ صحيحا^(١).

(١) السنهوري ص ١٠٠٠ وما بعدها .

موضوع رقم (٢٤)

**(الجزاء الجنائي على المقامرة والرهان
في قانون العقوبات)**

٢٧٤- النصوص القانونية :

المادة (٣٢٥) عقوبات :

" كل من أعد مكانا لألعاب القمار وهياه لدخول الناس فيه يعاقب
هو وصيارف المحل المذكور بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه وتضبط
جميع النقود والأمتعة في المحلات الجارية فيها الألعاب المذكورة ويحكم
بمصادرتها " (١).

المادة (٣٥٣) عقوبات :

" ويعاقب بهذه العقوبات أيضا كل من وضع للبيع شيئا في النمرة
المعروفة باللوتيرى بدون إذن الحكومة وتضبط أيضا لجانب الحكومة جميع
النقود والأمتعة الموضوعة في النمرة " .

(١) معلقة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٥٥ الصادر في ١٢ يناير سنة ١٩٥٥
(الوقائع المصرية في ١٣ يناير سنة ١٩٥٥ - العدد ٤ مكرر).

وكان نصها قبل التعديل كالآتي :

" كل من فتح محلا لألعاب القمار وأعد له لدخول الناس فيه يعاقب هو
وصيارف المحل بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز
خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط وتضبط أيضا لجانب الحكومة
جميع النقود والأمتعة التي توجد في المحلات الجارية فيها الألعاب المذكورة " .

٢٧٥- الجريمة الأولى :

الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢٥٢ عقوبات :

تعاقب هذه المادة على جريمة إعداد مكان لألعاب القمار وتهيئته لدخول الناس فيه .

ولهذه الجريمة ركن مادي وركن معنوي (قصد جنائي) نعرض لهما فيما يلي :

١- الركن المادي :

يتحقق الركن المادي لهذه الجريمة بقيام الجاني بإعداد المكان للعب القمار وتهيئته لذلك . فإعداد المكان يعني شيئا آخر غير تهيئته ، فالإعداد يعني أن المحل لم يكن معدا أصلا لاستقبال أحد وأن الجاني قام بتجهيزه ومده بالإمكانات اللازمة للعب القمار فيه ، أما تهيئة المحل فستعني أن هذا المحل كان جاهزا لاستقبال الأشخاص فيه ولكنه لم يكن مهيبا للعب القمار فقام الجاني بتهيئته لهذا الغرض ، ولا يوجد اختلاف كبير بالنسبة لهذين المعنيين سوى أن القصد الجنائي في أولهما يسبق وجود المكان بينما يتوافر القصد الجنائي لدى الجاني في ثانيهما بعد وجود المكان^(١).

ولا يشترط أن يكون المكان قد أعد خصيصا لألعاب القمار أو أن يكون الغرض الأصلي من فتحه هو استغلاله في هذه الألعاب بل يكفي أن

(١) المستشار سيد البقال الجرائم المخلة بالأداب فقها وقضاء ١٩٨٣ ص ٤٤١ .

يكون مفتوحا للاعبين يدخلونه في الأوقات المقررة بينهم يزاولون فيه ألعاب القمار ولو كان مخصصا لغرض آخر حتى لو كان مخصصا للسكنى فالعبرة بحقيقة الواقع .

وفي هذا قضت محكمة النقض -الدائرة الجنائية- بأن :

١- " إنه لا يشترط في الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات أن يكون المحل قد أعد خصيصا لألعاب القمار، أو أن يكون الغرض الأصلي من فتحه هو استغلاله في هذه الألعاب ، بل يكفي أن يكون مفتوحا للاعبين يدخلونه للعب في الأوقات التي يحددونها فيما بينهم ، ولو كان تخصيصه لغرض آخر كقهوى أو مطعم أو فندق ، بل ولو كان صاحبه لا يجني أية فائدة مادية من وراء اللعب " .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٤٤٤ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٦)

٢- " لا يشترط في العقاب على الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٥٥ أن يكون المحل قد أعد خصيصا لألعاب القمار أو أن يكون الغرض الأصلي من فتحه هو استغلال في هذه الألعاب بل يكفي أن يكون مفتوحا- للاعبين يدخلونه في الأوقات المقررة بينهم يزاولون فيه ألعاب القمار حتى لو كان مخصصا لغرض آخر . ولما كان الحكم المطعون فيه قد خلص فيما أورده في منطق مسائع أن الطاعن فتح مسكنه لألعاب القمار وأعد له ليدخل فيه من يشاء

من الناس بغير قيد أو شرط ، فإن ما ذكره الحكم يكفي في صحيح القانون لتطبيق المادة سائلة الذكر " .

(طعن رقم ٧٠٢ لسنة ٣٣ في جلسة ١٩٦٣/١٠/١٤)

٣- " لايقصدح في تحقق الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون ١٧ لسنة ١٩٥٥ ادعاء الطاعن أنه لم يكن قد أعد المكان خصيصا لألعاب القمار وإنما كان قد أعد مسكنا خاصا له ولعائلته ، وذلك لأنه لا يشترط في العقاب على تلك الجريمة أن يكون المحل قد أعد خصيصا لألعاب القمار أو أن يكون الغرض الأصلي من فتحه هو استغلاله في هذه الألعاب بل يكفي أن يكون مفتوحا للاعبين يدخلونه في الأوقات المقررة بينهم يزاولون فيه ألعاب القمار حتى ولو كان مخصصا لغرض آخر " .

(طعن رقم ٦٥٦ لسنة ٤٧ في جلسة ١٩٧٧/١١/٧)

٤- " إن ما يقرره الطاعن من أن الضابط وجد باب مسكنه مغلقا عند حضوره للتفتيش - على فرض صحته - ليس من شأنه أن يرفع عن ذلك المسكن صفة تردد الناس عليه بغير تمييز للعب القمار فيه وهو ما أثبتته الحكم بالأدلة الساقطة التي اطمانت إليها المحكمة " .

(طعن رقم ٦٥٦ لسنة ٤٧ في جلسة ١٩٧٧/١١/٧)

٥- " لما كان الحكم قد خلص في منطق سائق إلى أن الطاعن فتح مسكنه لألعاب القمار وأعد ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط ، استنادا إلى الأدلة التي أوردها- على السياق المتقدم - وهي أدلة

كافية من شأنها أن تؤدي إلى ما رتب عليه ، فإن الحكم إذ تأدى من ذلك إلى توافر أركان الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات في حق الطاعن ، يكون قد اقترن بالصواب " .

(طعن رقم ٥٦٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٠/١/٢٥)

٦- " لما كان البين من المفردات المضمومة أن الطاعن دفع في- مذكرة دفاعه المصرح بها من محكمة أول درجة بتقديمها - بعدم توافر أركان جريمة إعداد مسكن لألعاب القمار تأسيسا على أن المسكن لم يكن مفتوحا للجمهور بغير تمييز وأن الشخصين اللذين ضبطا فيه هما من أصدقائه ، وقدم تأييدا لدفاعه شهادة بيانات من صحيفة القيد بالسجل التجارى وبعض صور ضوئية له ولأسرته للتدليل على أن أحد هذين الشخصين يعمل مصوراله ولأسرته ، وكتاب الهيئة القومية للتأمينات الاجتماعية بشأن ضم مدة خدمة الشخص الآخر لدى شركة الاسكندرية للمجمعات الاستهلاكية، وشهادة إنهاء خدمة الطاعن في ذات الشركة تدليلا على أن هذا الشخص الآخر كان زميلا له في العمل ، بيد أن الحكم المستأنف خلص إلى إدانته استنادا إلى ما ورد بالتحريات السرية لضابط الواقعة من أنه يدير شقة لأعمال القمار، وأقوال اللاعبين اللذين قررا بأنهما كانا يلعبان لعبة "الكونكان" وأقوال المتهم محضر الضبط بأنه يدير الشقة لألعاب القمار لقاء مبالغ مالية ، ومن ضبط الشخصين على مائدة القمار ومعهما أدوات اللعب والمبالغ المالية، وما استقر في عقيدة المحكمة من أن

الشقة تدار لألعاب القمار للجمهور بدون تمييز، لما كان ذلك وكان من المقرر أنه يشترط لتطبيق المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات أن يكون المحل مفتوحا لألعاب القمار معدا ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط ، فإن دفاع الطاعن سالف الذكر يعد دفاعا جوهريا ينبى عليه - إن صح- تغير وجه الرأى فى الدعوى، وإذ كان كل من الحكمين المستأنف والمطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع إيرادا له وردا عليه، ولم يعن بتمحيص المستندات التى قدمها الطاعن تأييدا لهذا الدفاع ولم يتحدث عنها مع ما قد يكون له من دلالة على صحة دفاعه، ولو أنه عنى ببحتها وتمحيص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فإن الحكم المطعون فيه يكون معيبا بالقصور بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٣٠٧٥ لسنة ٦٣ ق جلسة ١٩٩٨/٩/٣٠)

٧- " لما كان الحكم قد انتهى فى استخلاص سائغ ومنطق سليم إلى أن اللاعبين الذين ضبطوا فى مسكن الطاعنة إنما كانوا يترددون عليه دون أن تربطهم بالطاعنة أية صلة سوى رغبتهم فى اللعب مقابل ما تتقاضاه منهم لقاء إعدادها ذلك المكان لمزاولة ألعاب القمار فيه ، وهو ما تتحقق به الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات فإن ما تثيره الطاعنة من أن هؤلاء اللاعبين الذين ضبطوا بمسكنها تربطهم بها صلة صداقة وأن ما يدفعونه لم يكن مقابل لعب القمار ، ولكنه مقابل ما

يشتريه لهم الخدم من أطعمة ينحل في واقعه إلى جدل موضوعي في تقدير الأدلة التي استبطلت المحكمة معتقدها منها وهو مالا تجوز مجادلتها فيه أمام محكمة النقض " .

(طعن رقم ١١٥١٠ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٠٠٠/٥/١٥)

ولا يكون المكان معدا ومهيئا للعب القمار إذا كان الدخول فيه قاصرا على أفراد عائلة واحدة تلعب فيه القمار، أو على عدة أصدقاء أما إذا كان من بين اللاعبين من لا تربطه بالجاني أية رابطة ، كأن يكون اللاعب صديق لصديق الجاني أو أنه تكرر دخوله المنزل رغم عدم وجود سابق تعارف بينهما قبل دخوله لأول مرة فإن الجريمة توافر ^(١) .
ولا يشترط أن يكون إعداد المكان وتهيئته قبل اللعب بوقت طويل أو قبل اللعب بوقت قصير .

٢- الركن المعنوي (القصد الجنائي) :

يشترط توافر الركن المعنوي في الجريمة ، أى توافر القصد الجنائي لدى الجاني . ويكفي توافر القصد الجنائي العام الذي يتحقق بأن يرتكب الجاني الجريمة عن علم وإرادة فلا يشترط توافر قصد جنائي خاص ، يتمثل في انصراف نية الجاني إلى الحصول على كسب مادي من وراء إعداد المكان أو تهنيئته للعب القمار فيه . ويؤيد ذلك أنه جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٥٥ المعدل لنص المادة ٣٥٢ من قانون

(١) المستشار سيد البغال ص ٤٤٣ .

العقوبات أنه : " رؤى تلافيا لمضار ألعاب القمار التي تقاوم خطرها على الأموال والأسر وضع عقوبة مغلظة لارتكاب فعل مما حظرتة المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات عسى أن يساعد تشديد العقاب على منع هذه الآفة " ، وهذا يدل دلالة واضحة على أنه لا عمرة بالباعث على ارتكاب هذه الجريمة فسواء في ذلك أكان الباعث هو الحصول على كسب مادي أو المجاملة أو أى باعث آخر ^(١) . فيتوافر القصد الجنائي ولو كان الباعث على اللعب هو التسلية .

(أنظر في ألعاب القمار بند ٢٧٩) .

٢٧٦- عقوبة الجريمة :

تعاقب المادة مرتكب هذه الجريمة بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه . مع ضبط جميع النقود والأمتعة في المحلات الجارى فيها الألعاب المذكورة وبحكم مصادرتها .

وعقوبة الحبس لا تقل مدتها عن ٢٤ ساعة ولا تزيد على ثلاثة سنوات (م ١٨ من قانون العقوبات) .

والحكم بالحبس وجوبى مع الغرامة . فلا يجوز الحكم بإحدى العقوبتين فقط .

ويجوز للمحكمة أن تقضى بوقف تنفيذ الغرامة أو عقوبة الحبس التي لا تزيد على سنة إذا رأت من أخلاق المحكوم عليه أو ماضيه أو سنه أو

(١) المستشار مصطفى هرجه التعليق على قانون العقوبات ١٩٩٦ المجلد الثانى ص ١٠١٦ وما بعدها - المستشار سيد البقال ص ٤٤١ وما بعدها .

الظروف التي ارتكب فيها الجريمة ما يعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى مخالفة القانون . ويجب أن تبين في الحكم أسباب إيقاف التنفيذ . ويجوز أن يجعل الإيقاف شاملا لأية عقوبة تبعية ولجميع الآثار الجنائية المترتبة على الحكم (م ٥٥ عقوبات) .

ويصدر الأمر بإيقاف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذي يصبح فيه الحكم نهائيا (م ٥٦ عقوبات) .

وهذه العقوبة توقع بصريح النص على من أعد مكانا لألعاب القمار وهياه لدخول الناس فيه ، وعلى صيارف المحل المذكور .

وقد ذهبت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - إلى أن المشرع أراد في المادة أن ينال بالعقاب كل من يشترك في إدارة المحل ويعمل على تسهيل اللعب للاعبين ، سواء في ذلك صيارفة المحل ومديره .

كما تطبق قواعد الاشتراك على من يعاون هؤلاء من موظفين ومرعوسين وخدم .

إذ ذهبت إلى أن :

١- " إن قانون العقوبات إذ نص في المادة ٣٥٢ منه على عقاب كل من فتح محلا لألعاب القمار ومن تولى أعمال الصيرفية فيه إنما أراد أن ينال بالعقاب كل من يشترك في إدارة المحل ويعمل على تسهيل اللعب للراغبين فيه بتقديم ما يلزمه ، سواء في ذلك صيارفة المحل ومديره ولو لم يكن لهم دخل في فتحه وتأسيسه . وهذا لا يمنع من تطبيق قواعد الاشتراك العامة على من يعاونونهم من موظفين ومرعوسين وخدم " .

(طعن رقم ١٢٧ لسنة ١٤٤٤ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٦)

٢ - " مادامت المحكمة قد أثبتت في حكمها أن النادي محل الدعوى لم يفتح إلا للعب القمار ، ومادام المتهم معترفا بإدارته للنادي ، فهو مسئول ولو كان غيره هو رئيس النادي " .

(طعن رقم ٢٣٨٨ لسنة ١٧ ق جلسة ١٩٤٨/٤/٢٨)

غير أن هذه العقوبة لا توقع على المقامر الذي يمارس أعمال القمار . وإن كانت المصادرة تشمل النقود والأمتعة الخاصة به .

والمصادرة تشمل الأمتعة التي توجد في المحلات الجارية فيها اللعب . ولا تقتصر على الأمتعة الموجودة في الغرف المعدة للعب فقط ، بل تشمل أيضا الأمتعة التي توجد بالغرف الأخرى من المنزل المخصص للميسر^(١) .

٢٧٧- الجريمة الثانية :

الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٢٥٢ عقوبات :

تعاقب هذه المادة كل من وضع للبيع شيئا في النمرة المعروفة باللوتري دون إذن الحكومة .

أى تعاقب من يبيع شيئا بطريق النصيب ، ويتراهن الناس على هذا الشيء بدفع كل منهم مبلغا صغيرا من المال ، يأخذ الفائز الشيء بهذا المبلغ الصغير ويخسر الباقي ما دفعوه من المال^(٢) .

ويشترط أن يكون ذلك بغير إذن من الحكومة وقد جاء بمحضر مجلس شورى القوانين بأن هذه المادة كانت كما هي مع وجود الجملة الآتية في

(١) نقض جنائي ٣ فبراير سنة ١٩١٧ مشار إليه بهامش (٣) من السهوى ص ٩٩٦ وما بعدها .

(٢) السهوى ص ٩٩٦ .

آخرها وهي (إنما لايجرى تطبيق هذه المادة فيما يتعلق بالنمرة المقصود بها على مجرد فعل الخير وقد حذفتها اللجنة لأنها وجدت من اللازم أن يكون هذا العمل بإذن من الحكومة مطلقا أو باسم فعل الخير لأن كثيرا من الناس يتخذون اسم فعل الخير وسيلة للإضرار بالناس)^(١).

وهذه المادة تعاقب من يبيع شيئا بطريق النصيب ويتراهن الناس على هذا الشيء ، ولكنها لا تعاقب المتراهنين أنفسهم والعقوبات المنصوص عليها بهذه المادة هي ذات العقوبات المنصوص عليها بالمادة ٣٥٢ من قانون العقوبات .

(راجع في التفصيل البند السابق) .

(١) محضر جلسة ٧ نوفمبر سنة ١٩٠٣ ملحق الوقائع غمرة ١٤٥ الصادر ١٦

ديسمبر سنة ١٩٠٣ مشار إليه بمؤلف المستشار مصطفى هرجه ص ١٠١٨ .

موضوع رقم (٢٥)

(أحكام المقامرة والرهان فى القانون رقم ٢٧١
لسنة ١٩٥٦ " المعدل " فى شأن المحال العامة)

٢٧٨- النصوص القانونية :

المادة (١٩) :

" لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية .

وفى حالة مخالفة حكم هذه المادة تضبط الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التى استعملت فى ارتكاب الجريمة " .

المادة (٢٠) :

" استثناء من أحكام المادة السابقة يجوز للحكومة فى العقود التى تبرمها مع الشركات أو المؤسسات فى مناطق السياحة أو التعمير أن تمنحها رخصا فى مزاوله ألعاب القمار فى المحال العامة الموجودة فى تلك المناطق على أن يقتصر الدخول إلى الأماكن التى تزاوّل فيها تلك الألعاب على الأجانب البالغين وعلى أن يكون دخولهم بمقتضى جوازات سفرهم أو تصاريح الإقامة .

ولوزير الشؤون البلدية والقروية إلغاء هذا الترخيص فى حالة مخالفة هذه الشروط .

وله أن يفرض على تلك الشركات أو المؤسسات رسماً سنوياً يتناسب وإيرادات كل منها من لعب القمار بحيث لا يتجاوز الرسم نصف هذه الإيرادات وتخصص حصيلة هذا الرسم للوجوه التي يعينها وذلك ما لم يتفق في العقود على خلاف ذلك " .

المادة (٣٤) :

" يعاقب على مخالفة أحكام المادة ١٩ بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه ويحكم بمصادرة الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة " .

المادة (٣٦) :

" في حالة مخالفة أحكام المواد ٢، ٣، ١٠، ١٢ يجب الحكم بإغلاق المحل .

وفي حالة مخالفة أحكام المواد ١٧، ١٨، ١٩، ٢٣ والبند الأول من المادة ٢٥ يحكم بإغلاق المحل مدة لا تتجاوز شهرين فإذا كان المتهم قد سبق الحكم عليه منذ أقل من سنتين لجريمة مما نص عليه في المواد المذكورة وجب الحكم بإغلاق المحل لمدة ثلاثة شهور .
ويجوز الحكم بإغلاق إلخ " .

المادة (٣٧) :

في أحوال الحكم بالإغلاق يجوز للمحكمة أن تأمر بالإنفاذ رغم الطعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف .

وينفذ الحكم بالإغلاق دون الاعتداد بأى استشكال فى تنفيذه " .

المادة (٣٨) :

" يكون مستغل المحل ومديره والمشرّف على أعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون " .

المادة (٤٠) :

" فى تطبيق أحكام المادتين ١٩ ، ٢٢ تعد المحال التى يغشاها الجمهور محالا عامة " .

٢٧٩- المقصود بأعمال القمار :

تنص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ على أنه : لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية .
فقد أحالت المادة فى بيان ألعاب القمار والألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور إلى قرار يصدر من وزير الداخلية ، وتطبيقا لهذا النص صدر قرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ باعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار التى لا يجوز مباشرتها فى المحال العامة والملاهى (الوقائع المصرية فى ٢٧ يونية سنة ١٩٥٧ - العدد ٥١) .

وقد نصت مادته الأولى على أن :

" تعتبر الألعاب المينة فيما بعد ألعاب القمار التى لا يجوز مزاولتها فى المحال العامة والملاهى : البكراه ، السكة الحديد (الشيمان دى فير) ،

اللاتسكينة، الواحد والثلاثين، الثلاثين، الأربعين، الفرعون، البوكر العادى،
البوكر الأمريكانى المكشوف ، الماريكىرى ، الزوكوف ، الأسانسير ،
البيكا ، البوكر بالظهر (بوكر دايس) ، الروليت ، لعبة الكرة (بول) ،
ماكينة البلياردو والأمريكانية ، ماكينة الخيول الصغيرة، الكونكان بأنواعه
العادى والضرب والفيلو والريفيلو والدوبل توت ، والبولة والجاشيت
والسى بى سى والكونكان الأمريكانى المعروف باسم الدومينو الأمريكانى
بالورق ، الرامى ، الجين رامى ، السيف، السبعة ونصف ، البريما،
البرغوثة (شيش يش) ، الكانستا، الكانستونيا، البيناكل، الكولون ،
الكبة، الترستا، العوسكولا، سكوبا، البستيا، الايكارتية، الماوس، البزيك،
البصرة ، البشكة، الكومى ، الشايب، المارت ، الطمبول، البنحو.

وكذلك تعتبر من ألعاب القمار الألعاب التى تنفرع من الألعاب سالفة

الذكر والمشابهة لها ^(١).

كما صدر بعد ذلك القرار الوزارى رقم ١٦٢٠ لسنة ١٩٧٥ ^(٢)
وأضاف إلى الألعاب الواردة بالقرار الوزارى سالف الذكر لعبتي " الفليبرز
والبيسى فوت " إذ نصت المادة الأولى من القرارعلى أن : " تعتبر لعبتا

(١) ونصت المادة الثانية والأخيرة من القرار على أن يعمل بهذا القرار من تاريخ

نشره بالجريدة الرسمية .

(٢) الوقائع المصرية في ١٤ أغسطس سنة ١٩٧٥ العدد ١٨٨ "تابع" .

"الفليسيز والبيبي فوت" من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور،
ويحظر مزاولتهما في المحال العامة والملاهي .

وهاتان اللعتان كانتا قد انتشرنا في مدينة الاسكندرية ^(١).

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " متى كانت المحكمة قد اعتبرت أن لعبة " البصرة " قمار على
أساس أن مهارة اللاعبين في الريح إنما تجيء في الخلل الثاني بالنسبة إلى
ما يصادفهم من الحظ ، وذكرت الاعتبارات التي اعتمدت عليها في ذلك
، فهذا حسبها ليكون حكمها سليما " .

(طعن رقم ١٦٣٢ لسنة ١٨ ق جلسة ١٩٤٨/١٢/٢٠)

٢- " لا تدخل لعبة الطمبولا في أى من الألعاب والأعمال الرياضية
بالمعنى الوارد في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ المعدل بالقانون رقم ١٣٥
سنة ١٩٤٧ بشأن المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرها من
أنواع الألعاب والأعمال الرياضية وليست أيضا من أنواع القمار المحظور
مزاولتها في المحال العامة بمقتضى المادة ١٩ من القانون رقم ٣٨ لسنة
١٩٤١ قبل صدور قرار وزير الداخلية في ١٠/٢/١٩٥٥ باعتبار بعض
الألعاب من ألعاب القمار ومن بينها الطمبولا وأنسها لم تكن تعد وقتذاك

(١) الأستاذ محمد أحمد عابدين والعميد محمد حامد قمحاوى جرائم الآداب العامة

عملا من أعمال اليانصيب مما يندرج تحت أحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ بشأن أعمال اليانصيب " .

(طعن رقم ٦٧٥ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/٥/٢٢)

٣- " إن المراد بالألعاب القمار في معنى المادة ١٩ من القانون رقم ٣٨ سنة ١٩٤١ هو الألعاب التي سميتها تلك المادة وأوردتها على سبيل التمثيل للنهي عن مزاولتها في المحال العامة وكذلك الألعاب المشابهة لها وهي التي يكون الربح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة ، وكما يتحقق الربح في صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا في المقامرة على طعام أو شراب أو على أى شئ آخر يقوم بمال " .

(طعن رقم ١٦٠١ سنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٨/٢/١٨)

٤- " لعبة الكومى من ألعاب المقار المؤتمنة طبقا لقرار وزير الداخلية رقم ٣ لسنة ١٩٥٥ الصادر في ٦ من فبراير سنة ١٩٥٥ تنفيذا للمادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ " .

(طعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٣)

٥ - " جرى نص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة على أن : "لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أى لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهي التي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية " . كما نص قرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ في مادته الأولى على اعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار والتي لايجوز مباشرتها في المحال العامة والأندية واعتبر

هذا القرار أيضا من ألعاب القمار تلك التي تتفرع من الألعاب التي يحددها هذا النص أو التي تكون مشابهة لها . ومن المقرر أن المراد بالألعاب القمار في معنى نص المادة ١٩ من القانون سالف الذكر إنما هي الألعاب التي تكون ذات خطر على مصالح الجمهور . وقد عدد القانون بعض أنواع ألعاب القمار في بيان على سبيل المثال وتلك التي تتفرع منها أو تكون مشابهة لها وذلك للنهي عن مزاولتها في المحال العامة والأندية وهي التي يكون الربح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة ، وأنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب التي ثبت حصوله فإن كان من غير الألعاب المذكورة في النص كان عليها فوق ذلك أن تبين ما يفيد توافر الشرط سالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا . ولما كان الحكم المطعون فيه قد اقتصر على القول بأن "لعبة الزهر هي التي قارفها المتهمون وهي من الألعاب المشابهة للعبة الشيش بيش التي وردت بقرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧" دون بيان كيفيتها وأوجه الشبه بينها وبين لعبة الشيش بيش التي يشملها نص القرار الوزاري المذكور وأن للحظ فيها النصيب الأوفر ، وبذلك جاء بجهلا في هذا الخصوص مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة وصحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها بالحكم وهو ما يعيه بالقصور ويستوجب نقضه والإحالة " .

(طعن رقم ٤٩١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٣/٦/٢٤)

٦- " لما كان البين من الحكم أنه أورد أن الطاعين كانوا يمارسون لعبتي السيف والكومي وهما من ألعاب القمار المؤتممة طبقا لقرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٥ الصادر في ٦ فبراير سنة ١٩٥٥ باعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار ، ومن ثم فإن النعي على الحكم بالقصور في هذا الصدد يكون غير سديد . "

(طعن رقم ٢٠٤٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٣/١)

٧- " لما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المراد بالألعاب القمار في معنى المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة إنما هي الألعاب التي تكون ذات خطر على مصالح الجمهور وقد عدد قرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ بعض أنواع ألعاب القمار على سبيل المثال وتلك التي تنفرع منها أو تكون مشابهة لها - وذلك نهيا عن مزاولتها في المحال والمتنديات العامة - وهي التي يكون الربح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة ، ولما كان من المقرر أنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة في هذه الجريمة أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب الذي ثبت ممارسته فإن كان من غير الألعاب الواردة في نص القرار المشار إليه وجب عليها فوق ذلك أن تدلل على توافر الشرط السالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا ، وإذ كان الحكم المطعون فيه قد خلا من بيان نوع اللعب الذي كان يمارس بالحلل اكتفاء بما أوردته من أن المحكوم عليهم كانوا يلعبون بأوراق اللعب (الكوتشينية) فإنه يكون قد

جاء بجهلا في هذا الخصوص ، مما يعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى ، الأمر الذى يعيب الحكم " .

(طعن رقم ٢٧٤٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩١/٢/٢٤)

٨- (أ)- " إن نص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ فى شأن المحال العامة قد جرى على أنه " لا يجوز فى المحال العامة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهى التى يصدر بتحديددها قرار من وزير الداخلية " ، وأن قرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ قد نص فى مادته الأولى على اعتبار بعض الألعاب من ألعاب القمار والتى لا يجوز مباشرتها فى المحال العامة والأندية واعتبر هذا القرار أيضا من ألعاب القمار تلك التى تنفرع من الألعاب التى يحددها هذا النص أو التى تكون مشابهة لها " .

(طعن رقم ٢١٦٨١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٧)

(ب)- " من المقرر أن المراد بألعاب القمار فى معنى نص المادة ١٩ من القانون سالف الذكر إنما هى الألعاب التى تكون ذات خطر على مصالح الجمهور ، وقد عدد القرار بعض أنواع ألعاب القمار فى بيان على سبيل المثال وتلك التى تنفرع عنها أن تكون مشابهة لها وذلك لتنتهى عن مزاولتها فى المحال العامة والأندية وهى التى يكون الربح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة وأنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب الذى ثبت حصوله فإن كان من

غير الألعاب المذكورة في النص كان عليها فوق ذلك أن تبين ما يفيد توافر الشرط سالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا وإذ كان الحكم المطعون فيه قد اكتفى بقوله إن الاتهام المسند إلى المتهم ثابت في حقه ثبوتا كافيا مما جاء بمحضر ضبط الواقعة ومن عدم دفعه له بدفع أو دفاع مقبول " ، فلم يذكر نوع اللعبة التي ثبت حصولها من الطاعن الأول في مقهى الطاعن الثاني ولم يبين كيفيتها وأوجه الشبه بينها وبين أى من الألعاب التي يشملها نص القرار الوزاري المذكور ، وأن للحظ فيها النصيب الأوفر ، وبذلك جاء مجعلا في هذا الخصوص مما يعجز هذه المحكمة عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى ، كما صار إثباتها بالحكم وهو ما يعيبه بالقصور " .

(طعن رقم ٢١٦٨١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٦/٧)

٩- " لما كان قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن المراد بالألعاب القمار في المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة إنما هي الألعاب التي تكون ذات خطر على مصالح الجمهور ، وقد عدد قرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ بعض أنواع ألعاب القمار على سبيل المثال وتلك التي تنفرع منها أو تكون مشابهة لها - وذلك نهيا عن مزاولتها في المحال والمتعلقات العامة- وهي التي يكون الربح فيها موكولا للحظ أكثر منه للمهارة ، وأنه يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة فيه نوع اللعب الذي ثبت

مارسته ، فإن كان من غير الألعاب المذكورة في النص كان عليها فوق ذلك أن تبين ما يقيد توافر هذا الشرط سالف الذكر وإلا كان حكمها قاصرا . لما كان ذلك ، وكانت مدونات الحكم الابتدائي قد خلّت كلية من الإشارة إلى نوع اللعب الذي كان يمارس بمسكن الطاعة ، مكتفيا بالقول بأن شهود الإثبات ضبطوا يلعبون القمار بمسكنها ، فإنه يكون قاصر البيان، وإذا كان الحكم المطعون فيه قد أيد الحكم المستأنف واعتققت أسبابه دون أن يتدارك ما اعتوره من نقص فإنه يكون قاصرا بدوره ويتعين النقض والإعادة " .

(طعن رقم ١٥٩٨ لسنة ٦٤ ق جلسة ١٩٩٩/٥/١٦)

(راجع أيضا طعن رقم ١٠٣٣٦ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٥/١٢/٣)

١٩٩٧ - منشور بيند (٢٦٤) .

٢٨٠- المقصود بالمحل العام :

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة على أن : " تسرى أحكام هذا القانون على نوعي المحال العامة الآتي يانها :

- (١) النوع الأول : ويشمل المطاعم والمقاهي وما يماثلها من المحال المعدة لبيع أو تقديم المأكولات أو المشروبات بقصد تناولها في ذات المحل .
- (٢) النوع الثاني : ويشمل الفنادق والوكائل والبنيونات والبيوت المفروشة وما يماثلها من المحال المعدة لإيواء الجمهور على اختلاف أنواعها .

وذلك سواء كانت هذه المحال منشأة من البناء أو الخشب أو الألواح المعدنية أو أية مادة بناء أخرى أو كانت في أرض فضاء أو في العائمات أو على أية وسيلة من وسائل النقل البرى أو النهرى أو البحرى .

ثم نصت المادة ٤٠ من القانون على أنه : " في تطبيق أحكام المادتين ١٩ ، ٢٢ تعد المحال التى يغشاها الجمهور محالا عامة " .

وبالترتيب على ذلك يشمل المحل العام - فضلا عن المحال الميينة بالمادة الأولى من القانون- كل مكان فتح أبوابه للجمهور أى لكل من يريد اللعب من الجمهور ، أو تكون القيود والشروط الموضوعة للقبول فيه صورية غير معمول بها .

أما إذا كان دخول هذه الأماكن مقصورا على أعضائها محظورا على الجمهور ، ولا يقبل فيها عضو إلا بشروط معينة ، فإنها لا تعتبر محالا عامة .

ولا ينفى صفة المحل العام عن المكان الذى يباح فيه الدخول للجمهور ، اشتراط أن يقيد اسمه عند الدخول، طالما لا يدفع رسما وليست هناك إجراءات جدية للعضوية كالترشيح والتصويت وما إلى ذلك^(١) .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " إن النوادى وإن كانت بحسب الأصل أماكن خاصة لا يعاقب على لعب القمار فيها ، كما هى الحال بالنسبة للمساكن ، إلا أنه يشترط

أن يكون دخولها مقصورا على أعضائها محظورا على الجمهور ، وألا يقبل فيها عضو إلا بشروط معينة مبنية في القانون المعمول لها . أما الأماكن التي تفتح أبوابها لكل من يريد اللعب من الجمهور ، أو تكون القيود والشروط الموضوعة للقبول فيها صورية غير معمول بها، فإنها تعد من الأماكن المفتوحة لألعاب القمار بالمعنى المقصود في المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات . وإذا استخلصت المحكمة في منطق سليم ، مما تبيته من التحقيقات من وجود شخص غير مقيد اسمه في عداد أعضاء النادي يلعب القمار به وسبق ترده عليه لهذا الغرض دون أن يكون عضوا فيه ، أن هذا المحل قد فتح لألعاب القمار وأعد لدخول من شاء من الناس بلا قيد ولا شرط، فتقديرها هذا مما تختص به بلا معقب من محكمة النقض " .

(طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٤٤/٣/٦)

٢- من المقرر أن العبرة في المحال العامة ليست بالأسماء التي تعطى لها ولكن بحقيقة الواقع من أمرها " .

(طعن رقم ١٨١٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٦/٢/١٦)

٣- " الأصل أن لرجال السلطة العامة في دوائر اختصاصهم دخول المحال العامة المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح - وهو إجراء إداري مقيد بالغرض سالف البيان ولا يجاوزه إلى التعرض إلى حرية الأشخاص أو استكشاف الأشياء المغلقة غير الظاهرة ما لم يدرك الضابط بحسه وقبل التعرض لها كنه ما فيها مما يجعل أمر حيازتها أو إحرازها

يبع التفتيش ، فيكون التفتيش في هذه الحالة قائما على حالة التلبس لا على حق ارتياد المحال العامة والإشراف على تنفيذ القوانين واللوائح " .

(طعن رقم ١٨١٤ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٦/٢/١٦)

٤- " المقرر أنه يشترط لتطبيق المادة ٣٥٢ من قانون العقوبات المعدلة بالقانون رقم ١٧ سنة ١٩٥٥ أن يكون المحل مفتوحا لألعاب القمار معدا ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير قيد أو شرط - وكان الحكم المطعون فيه قد التفت عن تمحيص المستندات والخطابات المقدمة ولم يتحدث عنها، مع ما قد يكون لها من دلالة على صحة دفاع الطاعن ، ولو أنه عني ببحثها وتمحيص الدفاع المؤسس عليها لجاز أن يتغير به وجه الرأي في الدعوى ، فإن الحكم يكون مشوبا بالقصور بما يطله ويوجب نقضه، والإحالة بالنسبة إلى الطاعن والمحكوم عليه الآخر لوحدة الواقعة وحسن سير العدالة ، وذلك بغير حاجة إلى بحث سائر أوجه الطعن " .

(طعن رقم ١٩٥٦ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٦/٣/٢٢)

٥- " من المقرر أن لرجال السلطة العامة في دوائر اختصاصهم دخول المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القوانين واللوائح . وهو إجراء إداري أكدته المادة ٤١ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة بيد أنه مقيد بالفرض سالف البيان ولا يجاوزه إلى التعرض لحرية الأشخاص أو استكشاف الأشياء المغلقة غير الظاهرة ما لم يدرك مأمور الضبط القضائي بحسه قبل التعرض لها كنه ما فيها مما يجعل

أمر حيازتها أو إحرازها جريمة تبيح التفتيش فيكون التفتيش في هذه الحالة قائما على حالة التلبس لا على حق ارتياد المحال العامة والإشراف على تنفيذ القوانين واللوائح " .

(طعن رقم ١١٩ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٥/٥/١٩٧٧)

٦- لما كان الواضح من ملونات الحكم أنه أثبت أن الحاضر عن المتهمين قدم مذكرة دفع فيها ببطان التفتيش لكون المكان الذى ضبط فيه المتهمون جزءا من منزل الطاعن الأول وتم تفتيشه دون إذن من النيابة العامة وفى غير أحوال التلبس ، وقد رد الحكم على ذلك الدفع واطرحه بقوله أن الثابت من سائر التحقيقات التى أجريت أن المتهم الأول أباح الدخول فى جزء من منزله لكل طارق وخصص هذا المكان لتقديم المشروبات وممارسة ألعاب القمار للعامة ومن ثم فإن مثل هذا المكان يخرج عن الحظر الذى نصت عليه المادة ٤٥ إجراءات وبالتالى يضحى الدفع ببطان التفتيش على غير أساس وكان البين من الحكم أن الطاعن الأول لم يزع حرمة مسكنه ، وجعل منه بفعله محلا مفتوحا للعامة يدخله الناس للعب القمار وتعاطى المشروبات فإن هذا الذى أثبتته الحكم يجعل من منزله محلا عاما يغشاه الجمهور بلا تفويض فإذا دخله أحد رجال الضبط بغير إذن النيابة العامة كان دخوله مبررا لما هو مقرر من أن لرجل السلطة العامة فى دائرة اختصاصه دخول المحال العامة أو المفتوحة للجمهور لمراقبة تنفيذ القانون واللوائح وهو إجراء إدارى أكدته المادة ٤١ من القانون رقم

٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة ويكون له تبعاً لذلك أن يضبط الجرائم التي يشاهدها في حالة تلبس ومن ثم يضحى النعى على الحكم بمخالفة القانون غير قوم لما كان ما تقدم فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعاً .

(طعن رقم ٢٠٤٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٣/١)

٢٨١. لا تأثيم لعب القمار في الطريق العام :

مناط تأثيم لعب القمار أن يتم ذلك في محل عام . أما إذا كان لعب القمار بالطريق العام فإنه ينأى عن التأثيم .

وفي هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " لما كان نص الفقرة الأولى من المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة قد جرى على أنه : " لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور - وهي التي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية " . مما مفاده أنه يشترط لتأثيم الفعل طبقاً لتلك المادة أن يقع في أحد المحال العامة . ولما كان الأصل أنه يجب التحرز في تفسير القوانين الجنائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل ومع مراعاة ما هو مقرر من أن القياس عكس في مجال التأثيم ، وكان لعب القمار في واقعة الدعوى قد وقع في طريق عام وليس في أحد المحال العامة فإنه كان يتعين

على المحكمة أن تقضى ببراءة المطعون ضده مما يكون معه حكمها بإدانتة معينا بما يوجب نقضه " .

(طعن رقم ٢٤٠٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/١/٥)

٢٨٢- جواز أن يكون الريح شيئا آخر غير النقود وعدم اشتراط قبض الريح:

لا يشترط أن يكون الريح الذى يستهدفه لاعب القمار متمثلا فى نقود، بل قد يتحقق باستحقاق لمن طعام أو شراب لصاحب المحل أو بحصوله على شئ آخر يقوم بمال . ولا يشترط تقاضى اللاعب أو صاحب المحل هذا الريح .

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية بأن :

١- " من المقرر طبقا للمادة ١٩ من القانون رقم ٣٢١ لسنة ١٩٥٦ أنه لا يجوز فى المحل العام لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور، وكان مستقل المحل ومديره مسئولين عما يقع بالمحل خلافا لذلك عملا بالمادة ٣٨ من القانون ذاته . وكان الريح الذى يستهدفه لاعب القمار قد يتحقق باستحقاق لمن طعام أو شراب لصاحب المحل أو بحصوله على شئ آخر يقوم بمال . وكان تمام جريمة لعب القمار لا يتوقف على قبض لمن الطلبات فعلا ، فإنه الحكم المطعون فيه يكون قد صادف صحيح القانون ويكون ما ذهب إليه الطاعنون من أن فعلهم يعد شروعا فى جنحة غير معاقب عليه غير سديد " .

(طعن رقم ١٣٠٥ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/٢١)

٢- " لما كان من المقرر طبقا لنص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٢١ لسنة ١٩٥٦ أنه لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور، وكان مستقل المحل ومديره مسئولين عما يقع بالمحل خلافا لذلك عملا بالمادة ٣٨ من القانون ذاته وكان الربح الذى يستهدفه لاعب القمار قد يتحقق باستحقاق ثمن طعام وشراب لصاحب المحل أو بمحصوله على شئ آخر يقوم به . وكان تمام جريمة لعب القمار لا يتوقف على قبض ثمن الطلبات فعلا ، فإن ما أثاره الطاعن من أن الواقعة تعد شروعا غير مؤثم لأن اللاعبين لم يكونوا سدودا ثمن الطلبات حين تم ضبطهم يكون دفاعا قانونيا ظاهر البطلان مما لا تلتزم المحكمة بالرد عليه " .

(طعن رقم ٥٦٠٥ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٢/٣/١٧)

الجزاءات المطالب عليها :

٢٨٣- الجريمة الأولى :

لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح

الجمهور والتي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية :

فالجريمة هنا تقع من المقامر نفسه، ولا يشترط أن يكون قد قبض مبلغ

القمار.

وقد جاء نص المادة (١٩) التي تجرم هذا الفعل عاما، لم يختص المشرع به طائفة بالخطاب دون الأخرى ، ومن ثم فإنه ينطبق على الكافة، سواء أكانوا من القائمين على أمر هذه المحال أم ممن يرتادونها ويحاولون فيها لعب القمار ، ولا تعارض بين ذلك مع مسائلة مستقل المحل العام ومديره والمشرف على أعمال فيه طبقا للمادة ٣٨ من القانون .

وقد أوضحت ذلك محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بقولها :

" نهت المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة عن لعب القمار في المحلات العامة بقولها : " لا يجوز في المحال العامة لعب القمار أو مزاوله أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور وهي التي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية - وفي حالة مخالفة حكم هذه المادة تضبط الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة " . وقد جاء هذا النص عاما لم يختص المشرع به طائفة بالخطاب دون الأخرى ، ومن ثم فإنه ينطبق على الكافة سواء أكانوا من القائمين على أمر هذه المحال أم ممن يرتادونها ويحاولون فيها لعب القمار . فالملعى المتبادر فهمه من عبارة النص يدور مع علته التي انضبط عليها وهي دفع مفسدة القمار التي قصد الشارع القضاء عليها بمحاصليها عملا مؤثما في ذاته وتناول مقارفوها بالعقاب- وهذا النظر لا يتعارض مع القول بمسائلة مستقل المحل العام ومديره والمشرف على

أعمال فيه تلك المسئولية التي أوجبها المشرع بنص المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ وأقامها على قصد جنائي مفترض قانونا ، خلافا لمسئولية لاعب القمار التي تتطلب لتوافرها قيام المتهم بعمل إجباري هو فعل اللعب في ذاته " .

(طعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٣)

٢٨٤- عقوبة الجريمة :

يعاقب على الجريمة سائلة الذكر بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه .
ويحكم بمصادرة الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة (م ٣٤) .

فالحكم بالحبس والغرامة معا وجوبي . وكذلك الحكم بالمصادرة وجوبي .

ومدة الحبس لا تقل عن ٢٤ ساعة ولا تتجاوز ثلاث سنوات (م ١٨ عقوبات) .

ويجوز الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة ، وعقوبة الحبس التي لا تزيد على سنة عملا بالمادتين ٥٥ ، ٥٦ عقوبات على النحو الذي أوضحناه سلفا .

(راجع نقض جنائي ١٨٥٤ لسنة ٣٨ ق جلسة ١٩٦٩/٣/٢٤)

٢٨٥- الاشتراك فى جريمة لعب القمار بمحل عام :

يعاقب على الاشتراك فى ارتكاب الجريمة ، كأن يقدم عامل بالمحل العام أوراق اللعب إلى اللاعب، الذى زاول اللعب ، فهو يعتبر فى هذه الصورة شريكا بالمساعدة .

وقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية بأن :

"إذا كانت النية العامة قد اتهمت الطاعن بالاشتراك بطريق المساعدة مع بعض الأشخاص فى ارتكاب الجريمة المسندة إليهم وهى ممارسة القمار بمحل عام . وكان البين من الحكم المطعون فيه أن هؤلاء الأشخاص كانوا يزاولون لعبة الكونكان بالمقهى مقابل ثمن المشروبات وهى اللعبة المحظورة مزاولتها فى المحال العامة بمقتضى قرار وزير الداخلية ٣٧ سنة ١٩٥٧ وأن الطاعن قام بتقديم أوراق اللعب إليهم ووقعت الجريمة نتيجة لهذه المساعدة وكان الحكم قد استطرد إلى حكم المادة ٣٧ من القانون ٣٧١ سنة ١٩٥٥، فإن هذا الاستطراد منه لا يعدو أن يكون تزييدا فيما لم يكن فى حاجة إليه ولا أثر له فى النتيجة التى انتهى إليها، فإن ما يثيره الطاعن الثانى فى هذا الصدد يكون لا محل له . لما كان ما تقدم ، فإن الطعن برمته يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا " . .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦)

٢٨٦- الجريمة الثانية :

ترك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه أى شخص يمارس لعب القمار :

تتحقق هذه الجريمة بمجرد ترك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه أى شخص يمارس لعب القمار ، ولو كان لعب القمار مجرد التسلية ، لأن غرض الشارع من منع القمار فى المحال العامة إنما هو مجرد المحافظة على النظام والراحة العمومية .

وقد جعل المشرع مسئولية هؤلاء مسئولية مفترضة ، إذا افترض علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها، فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة.

وفى هذا قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية - بأن :

١- " متى كان الحكم قد أثبت أن اللعبة التى كان يزاولها بعض رواد المقهى هى لعبة " الكونكان " وهى من ألعاب القمار المحظور لعبها فى المحال العامة طبقا لنص المادة ١٩ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ وقرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧، وكان الربح كما يتحقق فى صورة المقامرة على مبلغ من النقود قد يتحقق أيضا فى المقامرة على طعام أو شراب لئنه مستحق الأداء لصاحب المقهى أو على أى شئ آخر يقوم بمال ، وكانت المادة ٣٨ من القانون سالف الذكر تنص على أن يكون

مستغل المحل ومديره والمشرف على الأعمال فيه مسئولين معا عن أية مخالفة لأحكامه ، وهى مسئولية أقامها الشارع وافترض بها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه . ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه إذ قضى ببراءة المطعون ضدّهما من جريمة السماح بلعب القمار بالمقهى تأسيسا على أن لعب الورق لقاء دفع الخاسر من اللاعبين ثمن الشراب لا يعتبر من قبيل المقامرة ، وعلى أنه لا يمكن افتراض علم صاحب المقهى بالجريمة - غير صحيح في القانون مما يعيه ويستوجب نقضه " .

(طعن رقم ٩٦١ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٣/١٢/٣٠)

٢- " مفاد نص المادة ٣٨ من القانون رقم ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ - في شأن المحال العامة- أن مساءلة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه عن أية مخالفة لأحكامه هى مسئولية أقامها الشارع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجودا بالمحل وقت وقوعها ، فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة. ولما كانت " لعبة الكومي" التى كان يزاوها اللاعبان بمقهى المطعون ضده مقابل ثمن المشروبات من الألعاب المخطور مزاولتها في المحلات العمومية طبقا للمادة ١٩ من القانون السالف الإشارة إليه ولقرار وزير الداخلية رقم ٣ لسنة ١٩٥٥ باعتبارها من ألعاب القمار ذات الطابع الخطر على

مصالح الجمهور ، فإن المطعون ضده باعتباره مستغلا للمقهى يكون مسئولاً عن هذه المخالفة مسئولية مفترضة طبقاً لحكم المادة ٣٨ سالفه الذكر، سواء أعادت عليه فائدة من وراء المقامرة أم لا " .

(طعن رقم ٩٩٧ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٤/١/١٣)

٣- " مسئولية مستغل المحل ومديره والمشرّف على أعماله فيه عن أية مخالفة لأحكام القانون ٣٧١ سنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة وطبقاً لنص المادة ٣٨ منه هي مسئولية أقامها الشارع وافترض علم هؤلاء بما يقع فيه من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجوداً بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة " .

(طعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٢/١/١٦)

٤- " تنص المادة ٣٨ من القانون ٣٧١ سنة ١٩٥٦ في شأن المحال العامة على أنه " يكون مستغل المحل ومديره والمشرّف على أعمال فيه مسئولين معاً عن أية مخالفة لأحكام هذا القانون " .

وواضح من صياغة هذه المادة أن مسائلة مستغل المحل ومديره والمشرّف على أعمال فيه عن أية مخالفة لأحكامه هي مسئولية أقامها الشارع وافترض لها علم هؤلاء بما يقع من مخالفات حتى ولو لم يكن أيهم موجوداً بالمحل وقت وقوعها فلا يقبل من أحد منهم أن يعتذر بعدم علمه ما لم

يثبت قيام ظروف قهرية تحول بينه وبين الإشراف على المحل ومنع ارتكاب الجريمة^(١) .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦)

والعذر القهرى الذى يمنع من معاقبة مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه هو الذى يقوم على غير انتظار ويفاجئ صاحبه بما لم يكن فى الحسبان كالمرض الذى يعجز صاحبه عن الحركة ومباشرة أعماله .

لقد قضت محكمة النقض - الدائرة الجنائية بأن :

١- " العذر القهرى هو الذى يقوم على غير انتظار ويفاجئ صاحبه بما لم يكن فى الحسبان كالمرض الذى يعجز صاحبه عن الحركة ومباشرة أعماله ، أما إذا كان من شأن ذلك المرض ألا يعيق صاحبه عن حركته الطبيعية ومباشرة مصالحه وأعماله كالمعتاد فلا يعتبر من الأعذار القهرية

(١) ولقد قضت محكمة النقض بأن :

" متى كان المتهم قد ارتكب جريمة سماحه للغير بلعب القمار فى مقهاه فى ظل القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٤١ المعدل بالقانون رقم ١٨ سنة ١٩٥٥ ، وقبل الحكم عليه نهائيا صدر القانون رقم ٣٧١ سنة ١٩٥٦ الذى ألغى القانون السابق وقضى بخلق المحل مدة لا تتجاوز شهرين على واقعة الدعوى بدلا من الغلق نهائيا، فإن القانون الأخير يكون هو الواجب التطبيق باعتباره القانون الأصح للمتهم " .

(طعن رقم ١٥١٤ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٥٨/٣/١٧)

وبالتالي فإن مجرد توجه المطعون ضده إلى المستشفى في فترة محدودة لتلقى علاج معين وعودته إلى محله في ذات اليوم لا يعتبر من قبيل الأعذار القهرية التي تعفيه من مسئولية الإشراف على مقهاه " .

(طعن رقم ١٣٨٩ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٢/١/١٦)

٢- (أ) - "الأصل في الإثبات في المواد الجنائية هو باقتناع القاضي واطمئنانه إلى الأدلة المطروحة عليه والشهادة المرضية لاتخرج عن كونها دليلا من أدلة الدعوى تخضع لتقدير محكمة الموضوع شأنها شأن سائر الأدلة ، كما أن تقدير توافر عذر الغياب أو عدم توافره هو من صميم اختصاص قاضي الموضوع " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦)

(ب) - " إذا كان الطاعن قد دفع أمام محكمة ثان درجة بعدم مسئوليته لغيابه عن المقهى وقت وقوع الجريمة استنادا إلى شهادة مرضية وكانت محكمة الموضوع قد التفتت عن هذا الدفاع ورأت من أدلة الدعوى أن غياب الطاعن عن مقهاه لم يكن من شأنه أن يحول دون إشرافه عليه وهو استخلاص سائق لايتنافر مع مقتضى العقل والمنطق ، فإنه لا يقبل منه مصادرة المحكمة في عقيدتها أو مجادلتها في عناصر اطمئناتها ولا يكون الحكم المطعون فيه قد جانب حكم القانون الصحيح عندما دان ذلك الطاعن على أسس المسئولية المفترضة المستفادة

من نص المادة ٣٨ من القانون ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ بعد أن اطمأن إلى ما جاء بمحضر الضبط وأقوال اللاعبين " .

(طعن رقم ٦٠ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/٣/٦)

٢٨٦ مكررا- عقوبة الجريمة :

يعاقب على الجريمة سائلة الذكر بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه .
ويحكم بمصادرة الأدوات والنقود وغيرها من الأشياء التي استعملت في ارتكاب الجريمة (٣٤م) .

ويحكم بإغلاق المحل مدة لا تتجاوز شهرين فإذا كان المتهم قد سبق الحكم عليه منذ أقل من سنتين لجريمة مماثلة وجب الحكم بإغلاق المحل لمدة ثلاثة أشهر .

وفي حالة الحكم بالإغلاق تكون مصاريف الضبط والإغلاق على عاتق المخالف (م ٣٦) .

وطبقا للمادة ٣٧ يجوز للمحكمة في أحوال الحكم بالإغلاق أن تأمر بالتنفيذ رغم الطعن في الحكم بالمعارضة أو الاستئناف .

وينفذ الحكم بالإغلاق دون الاعتداد بأي استشكال في تنفيذه .

(راجع تفصيلات أخرى في عقوبات الحبس والغرامة بند ٢٨٤) .

٢٨٧- عقوبة المقامر طبقا للمرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ (المعدل)
بشأن المتشردين والمشتبه فيهم :

تنص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ (المعدل)

بشأن المتشردين والمشتبه فيهم على أن :

" يعد متشردا طبقا لأحكام هذا المرسوم بقانون من لم تكن له وسيلة مشروعة للتعيش ولا يعد كذلك من كان صاحب حرفة أو صناعة حين لا يجد عملا .

ولا يعتبر من الوسائل المشروعة للتعيش تعاطى أعمال وألعاب القمار والشعوذة وما يماثلها " .

وبالترتيب على ذلك إذا كانت وسيلة التعيش للمقامر هي تعاطى أعمال وألعاب القمار ، فإنه يعد متشردا ، لأن الفقرة الثانية من المادة نصت صراحة على أن أعمال وألعاب القمار لاتعد من الوسائل المشروعة للتعيش . ويعاقب المتشرد بالعقوبة المنصوص عليها في المادة الثانية وهي الوضع تحت مراقبة الشرطة مدة لاتقل عن ستة أشهر ولاتزيد على خمس سنوات .

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس والوضع تحت مراقبة الشرطة مدة لاتقل عن سنة ولاتزيد على خمس سنوات .

وطبقا للمادة الثالثة يجوز للقاضى بدلا من توقيع العقوبة سالفه الذكر أن يصدر حكما غير قابل للطعن بإنذار المتشرد بأن يغير أحوال معيشته التى تجعله فى حالة تشرد . فإذاعاد المحكوم عليه إلى حالة التشرد فى خلال ثلاث السنوات التالية وجب توقيع العقوبة المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة الثانية وهى الوضع تحت مراقبة الشرطة مدة لاتقل عن ستة أشهر ولاتزيد على خمس سنوات ^(١) .

(١) راجع فى التفصيل مؤلفنا جرائم التشرد والاشتباه قضاة الطبعة الثانية

موضوع رقم (٢٦)

استثناءات من تعريم المقامرة والرهان

(الاستثناء الأول)

الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون
شخصيا فى الألعاب الرياضية

٢٨٨- النص القانونى :

المادة ٧٤٠ (مدى) :

" ١- يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصا فى الألعاب الرياضية . ولكن للقاضى أن يخفض قيمة الرهان إذا كان مبالغا فيه .

٢- ويستثنى أيضا ما رخص فيه قانوننا من أوراق النصيب " .

٢٨٩- مضمون الاستثناء :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٤٠ مدى على أن يستثنى من أحكام المادة السابقة - وهى التى تقضى بىطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان- الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصا فى الألعاب الرياضية .

ویدخل فى الألعاب الرياضية جميع ألعاب الجمباز والألعاب السويدية ، وسباق الخيل^(١) ، والجولف والراكيت والمصارعة والملاكمة والمبارزة

(١) أنظر فى التفصيل بنود (٢٩٦ وما بعده) .

بالشيش والبياردو والسباحة والتجديف والرماية ، والكرة والتنس وتنس الطاولة والجري والقفز . وكل لعبة أخرى تقوم على المهارة ورياضة الجسم .

ولا يدخل في الألعاب الرياضية ، كل لعبة لا تقوم على رياضة الجسم ، ولو اعتمدت على المهارة الفكرية كالشطرنج والداما وجميع ألعاب الورق سواء كان للحظ فيها النصيب الأكبر أو كان النصيب الأكبر للمهارة .

و كذلك لا يدخل في الألعاب الرياضية كل لعبة أخرى ولو لم تكن من ألعاب الورق، ولو اعتمدت على المهارة ، مادامت لا تقوم على رياضة الجسم كالطاولة والدومينو^(١) .

ولا يعتبر من قبيل المقامرة والرهان ما يمنع من جوائز للاعبين كالمكافآت والميداليات والكؤوس وغير ذلك من المزايا ، فهي تنشأ بإرادة منفردة بناء على وعد بمجازة لا يخالف الآداب والنظام العام^(٢) .

والحكمة من هذا الاستثناء تشجيع اللاعبين على ممارسة الألعاب الرياضية ، إذ من شأن ذلك تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة^(٣) .

(١) السهنوري ص ١٠٢٠ وما بعدها - محمد كامل مرسى ص ٤٣٥ .

(٢) عيسى الدين علم الدين ص ٣٤٤ .

(٣) مذكرة المشروع التمهيدى - مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٢٠٣ .

٢٩٠- وجوب أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم :

نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٤٠ مدني على أن : " يستثنى من أحكام المادة السابقة الرهان الذي يعقده المتبارون شخصيا في الألعاب الرياضية إلخ " - فالاستثناء قاصر على العقد الذي يتم بين المتبارين أنفسهم أما الرهان الذي يحدث من غير المتبارين ، كالمترشحين أو غيرهم ، فإن العقد يكون رهانا غير مشروع لأن الحكمة من الاستثناء تشجيع اللاعبين على الرياضة لما فيها من فائدة في تقوية الجسم واستكمال الصحة .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" ١ - لم يستثن المشروع من تحريم المقامرة والرهان إلا حالتين :
١ - إذا كان الأمر متعلقا بمباراة في الألعاب الرياضية ، أو في ألعاب يكون من شأنها تقوية الجسم واستكمال أسباب الصحة ، بشرط أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم في هذه الألعاب ، حتى يكون هذا وسيلة لتشجيعهم . أما الرهان من غير اللاعبين ، إذا كان مبالغا فيه ، يجوز للقاضي تخفيضه بالقدر الذي تتحقق به فكرة التشجيع دون زيادة " (١).

(انظر البند التالي) .

٢٩١- جواز تخفيض قيمة الرهان :

إذا رأى القاضي أن قيمة الرهان الذي اتفق عليه المتباريان مبالغا فيه جاز له تخفيض قيمة هذا الرهان .

فالقاضى يخفض قيمة الرهان إذا تبين أنه باهظ بالنسبة لحالة الطرفين أو إلى نوع اللعب . وعلى القاضى أن يراعى ثروة الطرفين وحالتهم ونوع اللعب ، وإلى ما تعودته المتباريان من قبل^(١).

وعندئذ يخفض القاضى قيمة الرهان إلى الحد المناسب . ويدفع الخاسر القيمة المخفضة ، فإذا كان قد دفع القيمة المتفق عليها كان له استرداد الفرق .

وقد جاء بمذكرة المشروع التمهيدى أنه :

" أما الرهان من غير اللاعبين ، إذا كان مبالغاً فيه ، يجوز للقاضى تخفيضه بالقدر الذى تتحقق به فكرة التشجيع دون زيادة " ^(٢).

وهذه العبارة توهم أنه لا يخفض إلا الرهان بين غير اللاعبين إذا كان مبالغاً فيه . والصحيح أن الذى يخفض إذا كان مبالغاً فيه هو المبلغ الذى اتفق عليه المتبارون أنفسهم فيما بينهم ، أما الرهان من غير المتبارين فغير مشروع ولا يجوز الحكم به ولو لم يكن مبالغاً فيه ، كما ذكرنا سلفاً ^(٣).

(١) محمد كامل مرسى ص ٤٣٥ .

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٣٠٣ .

(٣) السهورى ص ١٠٢٣ هامش (١) .

(الاستثناء الثانى)
(أوراق النصيب المرخص بها)

٢٩٢- الأصل أن أعمال النصيب من أعمال المقامرة :

أعمال النصيب هى كل الأعمال المعروضة على الجمهور بأى اسم كان والى يكون الربح فيها موكولا بمجرد الحظ .
وأعمال النصيب يساهم فيها عدد كبير من الناس ، كل يدفع مبلغا صغيرا ابتغاء كسب النصيب .

والنصيب مبلغ أو عدة مبالغ - وقد يكون شيئا أو عدة أشياء توضع تحت السحب ، فيكون لكل مساهم رقم معين ويسحب من بين هذه الأرقام عن طريق محض الحظ الرقم أو الأرقام الفائزة . ويعتبر من ألعاب النصيب وضع شئ شائع بين أكثر من مالك واحد فى السحب ، وكذا إصدار سندات مصحوبة بنصيب ووضع أجهزة أوتوماتيكية تحت تصرف الجمهور ، يضع فيها اللاعب مبلغا صغيرا من النقود ، يخسره أو يفوز بمبلغ أكبر أو بشئ أكبر قيمة^(١).

٢٩٣- أعمال النصيب المجانية :

النصيب المجان الذى لا يدفع المساهمون فيه شيئا مشروع .
ولا يعتبر نصيبا مشروعا أن تخصص جريدة أو مجلة جوائز لقرائها بطريق السحب. أو يعلن تاجر أنه يرد لعملائه ما دفعوه أثمانا لمشترياتهم إذا وقع الشراء فى يوم من أيام الشهر يعين فيما بعد .

(٢) السنهورى ص ١٠٢٣ وما بعدها هامش (٤) .

٢٩٤- تنظيم أعمال اليانصيب بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٧٢ بنظام اليانصيب :

١- عرفت المادة الأولى من القانون أعمال النصب بأنها : كل عمل يعرض على الجمهور تحت أية تسمية كانت لغرض خيري أو تجارى أو لأى غرض آخر تخصص له بعض الجوائز المالية أو العينية التى يكون الحصول عليها موكولا للحظ دون سواه .

٢- تختص وزارة الشؤون الاجتماعية بالترخيص فى أعمال اليانصيب أيضا كان نوعه أو الغرض منه وفقا للشروط والأوضاع والإجراءات التى يصدر بها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية وذلك فيما عدا أعمال اليانصيب التى يمنح حق الترخيص فيها لجهات معينة بمقتضى قوانين خاصة. على أنه فى جميع الأحوال يجب تمثيل وزارة الشؤون الاجتماعية فى عمليات السحب (م ٢) .

٣- يكون من حق صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات المنشأ بالقانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات الخاصة (حل القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ محل القانون الأخير) ، إصدار أوراق اليانصيب وفقا للقواعد الواردة بالمادة (٢) من هذا القانون وتدخل حصيلة هذا اليانصيب موارد الصندوق (م ٣) .

٤- لا يجوز بغير ترخيص من وزارة الشؤون الاجتماعية ممارسة عرض أوراق اليانصيب أو بيعها أو توزيعها ويصدر وزير الشؤون الاجتماعية قرارا بالشروط والأوضاع والإجراءات التي تنظم منح هذه التراخيص .
ولوزير الشؤون الاجتماعية أن يعفى من شرط الحصول على الترخيص في بعض الحالات بقرار يصدر منه (م ٤) .

٥- تعفى من رسم الدفعة المفروض بالقانون رقم ٢٢٤ لسنة ١٩٥١
بقرار يرسم الدفعة (حل محله القانون رقم ١١١ لسنة ١٩٨٠) الجوائز التي تؤول إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات أو إلى الجمعيات والمؤسسات الخاصة المشهرة نظمها قانونا نتيجة لوجود الأرقام الراجعة ضمن الأوراق غير المبيعة ، أو لعدم تقدم المستحقين للجوائز لتسلمها خلال ستين يوما من تاريخ إجراء السحب (م ٥) .

٦- يعاقب بالحبس وبغرامة لا تتجاوز ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام بإصدار أى نوع من أنواع اليانصيب وطرحه على الجمهور دون الحصول على الترخيص المنصوص عليه في المادة (٢) من هذا القانون .

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر وغرامة لا تقل عن مائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ١٢/٦) .

٧- يعاقب بغرامة لا تتجاوز عشرة جنيهاً :

(أ) - كل من مارس عرض أو بيع أو توزيع أوراق اليانصيب بغير ترخيص .

(ب) - كل من خالف الشروط والأوضاع والقواعد والإجراءات الصادر بها الترخيص في اليانصيب أو الترخيص في ممارسة عرض أوراق اليانصيب أو بيعها أو توزيعها .

وفي حالة العود تكون العقوبة الحبس لمدة لا تتجاوز ستة أشهر وغرامة لا تقل عن خمسة جنيهاً ولا تتجاوز عشرين جنيهاً أو بإحدى هاتين العقوبتين .

وبحكم مصادرة حصيلة بيع أوراق اليانصيب الصادرة بالمخالفة لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذه ، وكذلك كل ما استخدم في ارتكاب الجريمة وذلك لحساب صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الخاصة والاتحادات لإنفاقه في أعمال البر التي يصدر بتعديلها قرار من وزير الشؤون الاجتماعية .

كما يجوز الحكم بإغلاق المحال التي استُخدمت في ارتكاب الجريمة وذلك لمدة لا تزيد على ثلاثة أشهر (م ٣/٦ ، ٤) .

٧- لا تخسل الأحكام المتقدمة بتوقيع أية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أى قانون آخر (م ٥/٦) .

٨- للمأمورى الضبطية القضائية المنوط بهم تنفيذ أحكام هذا القانون إغلاق كل محل أو فرع استخدم فى ارتكاب إحدى الجرائم المنصوص عليها فى المادة السابقة ووضع الأختام والتحفظ عليها لحين صدور الحكم فى الدعوى أو لحين صدور أمر من النيابة العامة بفتحها (م ٧) .

٩- يلغى القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ بشأن أعمال اليانصيب كما يلغى كل نص يخالف أحكام هذا القانون (م ٨) .

٢٩٥- مشروعية أعمال اليانصيب المرخص بها من الناحية المدنية :

أعمال اليانصيب التى أجازها القانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٣ فضلا عن أنها غير مجرمة ، فلا يخضع من صدرت منه لعقوبة جنائية، فإنها مشروعة أيضا من الناحية المدنية .

ويثبت الحق لحامل الورقة الفائزة فى الحصول على قيمة الجائزة .
ويكون له حق المطالبة بها إذا امتنع المدين عن تسليم الجائزة إليه .
فالورقة الراجعة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب صكا بالجائزة التى ربحتها .

ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقودا كانت أو عينا معينة.

ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية فإن الورقة الراجعة تكون سنداً لحامله بالجائزة . فإذا ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها وقع على عاتقه عبء إثبات ذلك ، ويعتد في نصاب الإثبات بقيمة الجائزة لا بقيمة ما دفعه ، فإذا كانت قيمة الجائزة تزيد على خمسمائة جنيه وجب إثباتها بالكتابة أو ما يقوم مقامها من إقرار ويمين .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" إذا كان المتعاقدون قد رموا باتفاقهم إلى غرض معين ، وتحقق لهم هذا الغرض بالفعل ، ثم تنازعوا بعد ذلك على الاتفاق ذاته من حيث وجوده ، فإن العبرة في تقدير قيمة النزاع في صدد تطبيق قواعد الإثبات تكون بقيمة ذلك الغرض ولو كانت قيمة مساهم به المتعاقدون جميعهم مما يجوز الإثبات فيه بالبينه . ولما كان الغرض من أوراق النصيب التي تصدرها الجمعيات الخيرية طبقاً للقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٠٥ هو استفادة هذه الجمعيات بجزء من المبالغ التي تجمع لتنفقها في الوجوه النافعة ، ثم فوز بعض مشترى تلك الأوراق بالجوائز المسماة فيها ، كان كل من يشتري ورقة مساهماً في الأعمال الخيرية وفي الجوائز التي تريحها الأوراق المسحوبة بنسبة ما دفعه من ثمن ، وبهذا تعتبر الجائزة مساهمة من صاحب الورقة ببعض ما دفعه ومن المشترين ببعض ما دفعوه وهم جميعاً

راضون من بادئ الأمر بأن يجعلوا هذه المساهمة عرضة للتضحية مقابل الأمل في الربح . وهذا يترتب عليه أن الورقة الراجعة بمجرد إعلان نتيجة السحب تنقلب صكاً بالجائزة التي ربحتها ، ويكون من حق حاملها أن يطالب بالجائزة نقوداً كانت أو عيناً معينة وإذن فالجائزة في الواقع هي موضوع التعاقد والغرض الملحوظ فيه عند مشترى الورقة وعند الهيئة التي أصدرت ورق النصيب على السواء . أما الورقة الراجعة فهي سند الجائزة ومظهرها الوحيد فلا تكون الجائزة مستحقة إلا بها . والقيمة المدفوعة ثمنها لا يكون لها عندئذ وجود إذ هي قد صارت مستهلكة في الجوائز وفي الأغراض التي من أجلها أصدرت أوراق النصيب . ولما كانت أوراق النصيب غير اسمية فإن الورقة الراجعة تكون سنداً لحامله بالجائزة ، وإذا كانت العبرة في ملكية السندات التي من هذا النوع هي بالحيازة فإن صاحب الحق في المطالبة بالجائزة هو من تكون بيده الورقة الراجعة . فإذا ما ادعى غيره استحقاق الجائزة كلها أو بعضها فإنه ، في غير حالات السرقة والضياع ، يتعين اعتبار القيمة المطلوبة لا بالنسبة للمحكمة المختصة فقط بل بالنسبة لقواعد الإثبات أيضاً بحيث إذا كانت قيمة المدعى به تزيد على ألف قرش كان الإثبات بالكتابة عملاً بالمادة ٢١٥ من القانون المدني .

وإذا لم يتم بيع أوراق النصيب جميعها ، فإن ذلك لا يمنع من إجراء السحب على الجائزة ، وبحق لحامل ورقة النصيب المطالبة بإجراء السحب. وإذا أغفل سهوا وضع رقم ورقة بين الأرقام التي كان يجري من بينها السحب ، كان لصاحب الورقة الحق في التعويض.

ويجوز في السندات ذات النصيب اشتراط أن السند الذي لم يسدد ثمنه وقت السحب لا يكون له الحق في الجائزة حتى لو فاز في السحب ، وتكون الجائزة هنا من نصيب الشركة التي أصدرت السندات .

وإذا اشترط عدم استحقاق الفائز للجائزة إذا لم يطالب بها في خلال مدة معينة من وقت السحب ، كان الشرط صحيحا ، وسقط حق الفائز في الجائزة إذا لم يطالب بها خلال المدة المتفق عليها^(١).

(١) السهوري ص ١٠٢٨ هامش (٢) .

(الاستثناء الثالث)

(المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما
من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة المرخص بها)

٢٩٦- التنظيم التشريعي للمراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام
وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة :

ينظم المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب
وأعمال الرياضة القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ الخاص بالمراهنة على
سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة ،
وقد عدل هذا القانون بالقوانين رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧ ، ١٣٥ لسنة
١٩٤٧ ، ٤٥٤ لسنة ١٩٥٤ .

ونعرض فيما يلي لنصوص هذا القانون :

مادة ١- فيما عدا الأحوال المنصوص عليها في المادة الرابعة يعاقب
بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن
مائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه :

(أ) كل من عرض أو أعطى أو تلقى في أية جهة وبأية صورة رهانا
على سباق الخيل أو رمى الحمام أو غيرهما من أنواع الألعاب وأعمال
الرياضة سواء أكان ذلك بالذات أم بالواسطة .

(ب) كل من استعمل نوعا من أنواع الرهان المشار إليه في أية جهة
وبأية صورة سواء أكان ذلك بصفة مؤقتة أو مستديمة أو جعل نفسه
وسيطا في هذه المراهنات .

(ج) كل من أخفى أو ساعد على إخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان المتقدم ذكره .

وفي حالة العود يجوز للقاضي أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبات .
وفي جميع الأحوال تضبط النقود والأوراق والأدوات المستعملة في الرهان ويحكم بمصادرتها لجانب الحكومة .

مادة ٢- (معدلة بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧) يعاقب بهذه العقوبات نفسها كل صاحب محل عام أو مديره يسمح بحصول مرهانات في محله مخالفة لأحكام هذا القانون ويجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تتجاوز ستة أشهر وفي حالة أعود في مدى ثلاث سنوات يحكم القاضي بإغلاق المحل نهائيا .

ويعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين من راهن على نوع الألعاب المذكورة المنصوص عليهم في المادة الأولى من هذا القانون.

مادة ٣- (ألغيت بالقانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٣٧) .

مادة ٤- يجوز لجمعيات سباق الخيل الموجودة الآن وللجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضة إجراء الرهان المتبادل

أو غيره من أنواع الرهان وذلك بمقتضى إذن خاص وبحسب الشروط الميينة بعد .

وفي حالة الحصول على إذن لا يجرى حكم المادة الأولى على أى رهان يقدم أو يعطى أو يتلقى بالشروط الميينة فيه .

مادة ٥- (معدلة بالقانون رقم ٤٥٤ لسنة ١٩٥٤)- بمنح الإذن الخاص المنوه عنه بالمادة السابقة بقرار من وزير الشؤون البلدية والقروية وله الحرية فى أن يعطى هذا الإذن أو أن يرفضه كماله أن يجعله قاصراً على الرهان المتبادل أو أن يحدد مدته . ويجوز أيضاً أن ينص فى القرار على تخصيص جزء معين من الأرباح الناتجة من استغلال الرهان لصرفه فى تربية الخيل إذا كانت هذه الأرباح ناتجة من سباق الخيل أو لصرفه فى ترقية تعليم الرياضة البدنية أو فى الأعمال الخيرية المحلية أو فى أعمال الإسعاف أو الأعمال الاجتماعية النافعة أو لصرفه فى هذه الشؤون كلها معاً وذلك طبقاً للقواعد والشروط الميينة فى القرار الذى يصدر بالإذن .

ويحدد هذا القرار المكان أو الجهة التى يجب أن تجرى فيها المراهنة ولائتمداها وينص فيه على جميع الإجراءات اللازمة لحماية الجمهور من الغش والخداع .

مادة ٦- (معدلة بالقانون رقم ٤٥٤ لسنة ١٩٥٤) - على وزير الشؤون البلدية والقروية تنفيذ هذا القانون ويجرى العمل به بعد مضي ثلاثين يوما من تاريخ نشره بالجريدة الرسمية وعليه أيضا إصدار قرار بجميع الأحكام اللازمة لهذا التنفيذ .

٢٩٧. تعريم المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرها من أنواع الألعاب :

تعتبر المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام من ألعاب القمار ، ذلك أن المتراهن على السباق لا يكون له أى دخل فى تسيير دفة السباق ، وإنما يكون ذلك فقط للحظ ولأشخاص آخرين من بينهم (الجوكية) وللخيول نفسها .

غير أننا رأينا أن المشرع أباح الألعاب الرياضية التى تقوم على رياضة الجسم إذا كانت بين المتبارين أنفسهم استثناء .

ولاشك أن سباق الخيل والرمية يندرج ضمن هذه الألعاب الرياضية المباحة إذا كانت بين المتبارين أنفسهم .

أما إذا كان السباق أو الرمي بين غير اللاعبين فإنه يكون باطلا . وقد زاد القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ (المعدل) بأن رصد عقوبة على هذه الجريمة .

غير أن السباق والرمي يكون مباحا - كما سنرى - إذا كان بإذن خاص، أى أن السباق والرمي فى هذه الحالة لا يتم خفية ، وإنما تحت بصر الجهات الرقابية المختصة .

والحكمة من تجريم الرهان والرمي خفية أن هذه الألعاب التى تتم خارج حلقة السباق يترتب عليها ضياع جانب كبير مما تدره حلقة السباق من أموال تدخل الخزانة العامة على شكل ضرائب ورسوم أو تضاف إلى حصيلة الأعمال الخيرية ، فضلا عن ذلك فإنها تقلل بلا جدال من دخل إدارات السباق .

كما أن كثيرا من يتلقون المراهنات يعملون من جانبهم - ضمانا للربح والكسب غير المشروع - على التلاعب فى السباق وأشواطه لمصلحتهم سواء بالاتفاق مع (الجوكى) أو بغير ذلك من الوسائل ، وهذا التلاعب يضر جمهور المراهنين داخل حلقة السباق ^(١).

٢٩٨- جواز المراهنة بإذن خاص من وزير الشؤون البلدية والقروية :

أجازت المادة الرابعة من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ لجمعيات سباق الخيل الموجودة وقت صدور القانون والجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب أو أعمال الرياضة إجراء الرهان المتبادل أو غيره من

(١) المستشار سيد البقال ص ٤٢٢ وما بعدها .

أنواع الرهان وذلك بمقتضى إذن خاص وبحسب الشروط المبينة بالمادة الخامسة من القانون (م ١/٤) .

وفي حالة الحصول على إذن لا يجرى حكم المادة الأولى على أى رهان يقدم أو يعطى أو يتلقى بالشروط المبينة فيه (م ٢/٤) أى يعفى الإذن من توقيع العقوبة المنصوص عليها بالمادة الأولى .

ويمنح الإذن الخاص المنوه عنه بقرار من وزير الشؤون البلدية والقروية وله الحرية فى أن يعطى هذا الإذن أو يرفضه كما له أن يجعله قاصرا على الرهان المتبادل أو أن يحدد مدته ويجوز أيضا أن ينص فى القرار على تخصيص جزء معين من الأرباح الناتجة على استغلاله لصرفه على تربية الخيول إذا كانت هذه الأرباح ناتجة من سباق الخيل أو لصرفه على ترقية تعليم الرياضة أو فى الأعمال الخيرية المحلية أو فى أعمال الإسعاف أو الأعمال الاجتماعية النافعة أو لصرفه فى هذه الشؤون كلها معا وذلك طبقا للقواعد والشروط المبينة فى القرار الذى يصدر بالإذن . وقد صدرت لائحة أول مايو سنة ١٩٢٢ بكيفية تنفيذ القانون .

ويحدد فى هذا القرار المكان أو الجهة التى يجب أن تجرى فيها المراهنة ولا تتعداها وينص فيه على جميع الإجراءات اللازمة لحماية الجمهور من الغش والخداع (م ٥) .

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" يبين من استقراء نصوص المواد ١، ٤، ٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ المعدل بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ والقانون ٤٥٦ لسنة ١٩٥٤ أن المشرع حظر أصلا عرض أو إعطاء أو تلقي الرهان على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من الألعاب الرياضية بكافة صورها سواء أكان ذلك بالذات أم بالوساطة ولم يستثن من الحظر المذكور سوى جمعيات السباق الموجودة وقت صدور القانون وغيرها من الجمعيات والأفراد الذين يقومون بتنظيم ألعاب وأعمال رياضية فأجاز لهذه الجهات وحدها إجراء الرهان المتبادل وغيره من أنواع الرهان بمقتضى إذن خاص".

(طعن رقم ١٢٤٠ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٦٧/١٠/١٦)

٢٩٩- عدم مشروعية الرهان بإذن خاص من الناحية المدنية :

يترتب على الحصول على إذن خاص من وزير الشؤون البلدية والقروية بالرهائنات على النحو الموضح بالمادتين الرابعة والخامسة من القانون ، الإعفاء من العقوبة الجنائية التي رصدها القانون- كما رأينا- أما الفعل من الناحية المدنية فيظل غير مشروع ، فلا يجوز إجبار من خسر الرهان على الدفع.

وبهذا قضت محكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٢٩

في ظل القانون المدنى القديم .

والواضح من الأعمال التحضيرية للتقنين المدق الجديد أنه يأخذ بالرأى السابق ، إذ كانت المادة (١٠٢٦) من المشروع التمهيدي التي أصبحت برقم (٧٤٠) تنص في فقرتها الثانية على أن :

" ويستثنى أيضا (من أحكام المادة السابقة عليها التي نصت على بطلان كل اتفاق خاص بمقامرة أو رهان) ما رخص فيه من أوراق النصيب وسباق الخيل " . وفي لجنة المراجعة حذفت اللجنة إخراج سباق الخيل من هذه الفقرة " حتى لا يشمل الاستثناء " ^(١) .

وبالترتيب على ذلك فإن المراهن من غير المتبارين في سباق الخيل لا يجبر على دفع خسارته وإذا دفعها يستردها ، وأن الفائز في المراهنة لا يستطيع المطالبة بما كسب .

وكان التراهن - في ظل القانون القديم - لا يستطيع استرداد ما دفعه ^(٢) .

٢٠٠- جريمة التراهن مستحدثة بالقانون رقم ١٢٥ لسنة ١٩٤٧ :

لم يكن القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ يعاقب على التراهن. ولما صدر القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ بتعديل المادة الأولى من القانون المذكور في شأن أركان الجريمة ومقدار العقوبة المقرر لها عدل كذلك المادة الثانية منه بإضافة فقرة ثانية استحدثت بها جريمة التراهن .

(أنظر نقض طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٨/٥/١٩٦٤- منشور بيند ٣٠١) .

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٥ ص ٧٤٠ وما بعدها .

(٢) السهوري ص ١٠٢٩ وما بعدها - استئناف مخطط بتاريخ ١٥ مايو سنة ١٩٢٩ .

٢٠١- أركان جريمة الرهان :

جريمة الرهان على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرها من أنواع الألعاب ركنا : ركن مادي ، وركن معنوي (القصد الجنائي) . ونعرض
لهذين الركنين فيما يلي :

(أ) - الركن المادي :

يتوافر الركن المادي في الجريمة بارتكاب الجاني أيا من الأفعال المنصوص عليها في المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ المعدل بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ . وهذه الأفعال هي :

١- عرض الرهان :

عرض الرهان هو طلب الرهان والدعوة إليه من العارض إلى المعروض عليه باللعب على نوع معين من أنواع الرهان على سباق الخيل أو رمي الحمام أو غيرها من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة .

ولا يشترط أن يكون العرض مصحوبا بالترغيب فيه أو تحيذه . بل يمكن أن يسعى المتراهن إلى العارض ليعرض عليه فعل من أفعال الرهان . ويستوى أن يكون عرض الرهان من أجل العارض نفسه ، أو يكون عارضا بصفته وسيطا لآخر .

٢- إعطاء الرهان :

يكون إعطاء الرهان ، بتقديمه من منظم الرهان أو أحد وسطائه أو أتباعه ، سواء كان ذلك يسعى من منظم الرهان أو من المتراهن .

٣- تلقي الرهان :

تلقي الرهان هو قبول الرهان والمعنى بهذه الصورة هو منظم الرهان والمشرع عليه وهو ما يسمى بالـ (pockmaken)، إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون متلقى الرهان شخصا آخر غير منظمه كأن يكون وسيطا له^(١).

وفي هذا قضت محكمة النقض -الدائرة الجنائية- بأن :

" لم يرد بالقانون رقم ١٠ لسنة ١٩٢٢ نص على معاقبة من يراهن على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة مع أحد الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الأولى من ذلك القانون - فلما صدر القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ بتعديل المادة الأولى من القانون سالف الذكر في شأن أركان الجريمة ومقدار العقوبة المقررة لها عدل كذلك المادة الثانية منه بإضافة فقرة ثانية استحدثت بها جريمة التراهن نفسه . وسيقاق المادة الأولى من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ يفيد أن المشرع قصد بالعقوبة المخلفة الواردة بها معاقبة كل شخص يقبل الرهان من آخرين على سباق الخيل أو الألعاب الأخرى سواء كان هذا القبول لحسابه الخاص أو لحساب شخص آخر . ولما كان الثابت مما أورده الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أن الجريمة المسندة إلى

(١) المستشار سيد البغال ص ٤٣٦ وما بعدها .

الطاعنين الثاني والثالث تتمثل في ضبطهما يتراهنان لدى الطاعن الأول الأمر الذى تحكمه الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧. فإن الحكم إذ قضى بمعاقبة كل منهما بالحبس لمدة سنة وبغرامة قدرها ثلاثمائة جنيه قولاً بأن جرمتهما تحكمها المادة الأولى من ذلك القانون يكون قد جانب التطبيق الصحيح للقانون مما يتعين معه نقضه بالنسبة لهما وتصحيحه بمعاقبة كل منهما بالحبس لمدة خمسة عشر يوماً. أما بالنسبة للطاعن الأول فإن الحكم إذ دانه بالعقوبة المغلظة المنصوص عليها في المادة الأولى باعتباره متلقياً للرهان من الطاعنين الثاني والثالث يكون قد طبق القانون تطبيقاً صحيحاً " .

(طعن رقم ٢٠٩ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٨/٥/١٩٦٤)

٤- استعمال الرهان :

استعمال الرهان أى ممارسته وهو وصف ينطبق على المعارض والمعطى والمتلقى في نفس الوقت .

٥- إخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة في الرهان أو المساعدة على إخفائها .

٦- سماح صاحب محل عام أو مدير له بمحصول مراهنات في محله .

٧- المراهنة مع المعارض أو المعطى أو المتلقى .

(ب) - الركن المعنوى (القصد الجنائى) :

يتحقق الركن المعنوى (القصد الجنائى) بتوافر القصد الجنائى العام، فلا يشترط فى هذه الجرائم توافر قصد جنائى خاص .

والقصد الجنائى العام هو العلم والإرادة ، بأن يقترف الجانى الفعل الإجرامى عن علم وإرادة .

٢٠٢- عقوبة الجريمة :

١- يعاقب على جرائم عرض الرهان وإعطاء الرهان وتلقى الرهان واستعمال النقود وإخفاء النقود أو الأوراق أو الأدوات المستعملة فى الرهان أو المساعدة على إخفائها وسماع صاحب المحل العام أو مديره بحصول مراهنات فى محله بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تتجاوز ثلاث سنوات وبغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه .

فالقضاء بالحبس والغرامة معا وجوبى .

ويجوز للقاضى أن يأمر بوقف تنفيذ عقوبة الغرامة وعقوبة الحبس التى لا تزيد على سنة لمدة ثلاث سنوات عملا بالمادتين ٥٥ ، ٥٦ عقوبات ، بالتفصيل الذى أوردناه سلفا .

وفى حالة العود يجوز للقاضى أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى للعقوبات المتقدمة بشرط عدم تجاوز مثلى هذا الحد ، أى لا تجاوز عقوبة الحبس ست سنوات، ولا تجاوز عقوبة الغرامة ألفى جنيه .

وفي جميع الأحوال تضبط النقود والأوراق والأدوات المستعملة في الرهان
ويحكم بمصادرتها للجانب الحكومة .

وفي جريمة سماح صاحب المحل العام أو مديره بحصول مراهنات في محله
مخالفة لأحكام القانون، يجوز للقاضي أن يحكم بإغلاق المحل لمدة لا تقل
عن ثلاثة شهور ولا تتجاوز ستة أشهر، وفي حالة العود في مدى ثلاث
سنوات يحكم القاضي بإغلاق المحل نهائيا .

٢- يعاقب كل من راهن على نوع من الألعاب سالفة الذكر مع أحد
الأشخاص المنصوص عليهم في المادة الأولى من القانون بالحبس مدة
لا تتجاوز خمسة عشر يوما وبغرامة لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تتجاوز
خمسين جنيها أو بإحدى هاتين العقوبتين .

(الاستثناء الرابع)
(البيوع الآجلة فى البورصة)

٣٠٣- النص القانونى :

المادة ٤٦ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المعدل) بإصدار قانون
التجارة :

" تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة ولو قصد المتعاقدون منها
أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار بشرط أن تعقد العملية فى
سوق الأوراق المالية وأن تتعلق بصكوك مدرجة فى جداول أسعار هذا
السوق ويصدر بتنظيم هذه العمليات قرار من الوزير المختص " (١).

٣٠٤- المقصود بالعمليات الوارد بالمادة :

نصت المادة على أن تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة ولو
قصد المتعاقدون منها أن تؤول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار .

(١) كان يقابلها فى القانون الملغى المادة (٧٣) وكانت تجرى على أن :

" الأعمال المضافة إلى أجل المعقودة فى بورصة مصرح بهاتطبقا لقانون
البورصة ولوائحها وتكون متعلقة ببيضائع أو أوراق ذات قيمة مسعرة تعتبر
مشروعة وصحيحة ولو كان قصد المتعاقدين منها أن تؤول إلى مجرد دفع الفرق .
ولا تقبل أى دعوى أمام المحاكم بخصوص عمل يؤول إلى مجرد دفع فروق إذا
انعقد على ما يخالف النصوص المتقدمة " .

والبيع الآجل هو الذى يتفق فيه الطرفان على تأجيل التسليم الناقل للملكية ، ودفع الثمن إلى يوم معين يسمى يوم التصفية ، ويتشابه البيع الآجل بالبيع العاجل فى أن تسليم المبيع ، ودفع الثمن يقعان فى وقت واحد .

ويختلف عن بيع النسيئة فى أن ملكية المبيع تنتقل بالتسليم إلى المشتري الذى يبقى مدينا بالثمن . ومع أن بيع النسيئة جائز قانونا إلا أنه غير مستعمل فى البورصات ، حيث يحصل التعامل بواسطة السماسرة بين الباعين ومشتريين غير متعارفين .

ويختلف البيع الآجل عن بيع السلم ، فى أن هذا الأخير يعقد خارج البورصة بمقتضى عقود خاصة تعقد مع مراسل ، أو متعهد معروف ، ليسلم كمية من المثليات فى ميعاد معين .

وتعتمد المصانع على هذا النوع من التعاقد لاستيراد ما يلزمها من الخامات . أما البيع الآجل فهو يؤول غالبا إلى التصفية بدفع الفروق ذلك لأن نقل ملكية المبيع ليست عاجلة بل مؤجلة ، لذلك لا يضطر البائع أن يكون حائزا وقت التعاقد للمبيع، ويكفى أن يكون حائزا له فى اليوم المحدد للتسليم .

وبما أن المبيع من المثليات التى يوجد مثلها فى السوق ، ويستطيع البائع وقت التسليم أن يشتريها بالنقد ، فيعتمد بعض المتعاملين فى البورصة إلى بيع ما يملكونه . لذلك يحصل التعاقد الآجل فى أغلب الأحوال على

المكشوف . ومع أن البائع لا يلتزم بالتسليم إلا في الميعاد المحدد، إلا أنه يجب أن يسلم عند حلول الأجل الصكوك مع الكوبونات المستحقة في فترة الأجل ، أو يدفع قيمة الأرباح التي استولى عليها . ولهذا السبب تكون أسعار العقود الآجلة أعلى من العاجلة لأن المشتري يستولى على الأرباح التي يعطيها الصك دون أن يلتزم بدفع فوائد إلى البائع عن الثمن الذي اشترى به ، والذي لم يدفعه بعد .

ويحدث أن البائع على المكشوف يقصد أن يستفيد من بيع ما يملكه من الأسهم أو السندات إذا رأى أن سعر البيع الآجل أعلى من البيع العاجل، أو إذا كانت صكوكه مرهونة أو كانت في مكان بعيد ، ويحتاج الحال لعدة أيام لإحضارها ففي كل هذه الحالات يلجأ البائع إلى البيع الآجل .

ولكن إذا كان البائع لا يملك الصكوك التي باعها كان مضارباً . فإذا

باع في أول يناير بسعر اليوم ١٠٠٠ سند من الدين الممتاز بسعر $٧٢ \frac{٥}{٨}$

جنيتها تسلم آخر يناير ، فهو يتعهد بتسليم هذه السندات في هذا التاريخ،

ويشترئها بالنقد في اليوم الذي يهبط فيه السعر، ليستطيع أن يربح من

هذه العملية . فإذا فرضنا أن السعر أصبح في ٢٠ يناير $٧٢ \frac{٣}{٨}$ ورأى أنه

ليس من المنظور أن يهبط السعر إلى أقل من ذلك قبل آخر يناير اشترى

في ٢٠ يناير ، وبعد ذلك بـ٥ أيام يسلم السندات إلى المشتري ويكون

قد ربح ٢٥٠ جنيتها . كذلك قد يأمل المشتري أن يرتفع السعر في آخر

يناير ، فإذا فرضنا أن السعر ارتفع إلى $\frac{72}{100}$ جنيها ربح ١٢٥ جنيها إذا باع بالنقد .

والخلاصة أن البائع يضارب على المهبوط ، والمشتري يضارب على الصعود . وبسبب هذه المضاربة يصل العاقدون إلى أغراضهم ، دون حاجة إلى تسليم الصكوك أو النقود ، فيدفع المشتري في حالة المهبوط الفرق بين الثمن المتفق عليه ، والثمن في يوم التسليم ، وفي حالة الصعود يدفع البائع الفرق بين هذين السعرين ، أى الفرق بين الثمن الذى باع به ، والثمن العالى الذى سيشتري به ، وهو ما يسمى دفع الفروق . وإذا قصد العاقدون مجرد دفع الفروق سمي العقد " صفقة الفروق " ^(١) .

٢٠٥- شروط صحة هذه العمليات :

تكون العمليات المضافة إلى أجل صحيحة ولو كان قصد المتعاقدون منها أن توول إلى مجرد التزام بدفع فروق الأسعار إذا توافرت الشروط الآتية :

- ١- أن تعقد العملية في سوق الأوراق المالية (البورصة) .
- ٢- أن تتعلق العملية بصكوك مدرجة في جدول أسعار هذا السوق .
- ٣- أن تتم طبقا للتنظيم الذى يضعه القرار الذى يصدره الوزير المختص .

(١) راجع مؤلفنا موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد

محتويات الكتاب

(العقد الأول) (عقد الوديعة)

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٣

تقديم .

٦

موضوع رقم (١)

(التنظيم التشريعي لعقد الوديعة - تعريف عقد الوديعة - خصائص عقد الوديعة - تمييز عقد الوديعة عما يشبهه به من العقود)

- ١ - التنظيم التشريعي لعقد الوديعة .
- ٢ - تعريف عقد الوديعة .
- ٣ - خصائص عقد الوديعة .
- أولاً : الوديعة عقد رضائي .
- ثانياً : الوديعة من عقود القيرع في الأصل .
- ثالثاً : الوديعة عقد ملزم لجانب واحد .
- رابعاً : الغرض الأساسي من الوديعة تسليم الشيء المودع لحفظه .

خامساً : الوديعة يتطلب فيها الاعتبار الشخصي .

سادساً : الوديعة عقد غير لازم من جانب المودع .

٤ - تمييز عقد الوديعة عما يشبهه به من العقود .

(أ) - الوديعة والبيع .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
(ب) - الوديعة والإيجار .		
(ج) الوديعة وعارية الاستعمال .		
(د) الوديعة والمقاولة .		

موضوع رقم (٢)

(أركان عقد الوديعة) أولاً : التراضي في عقد الوديعة

- ٥ - تعداد .
- ٦ - توافق الإيجاب والقبول .
- ٧ - من يملك حق الإيداع ؟
- ثانياً : المهل والسبب في عقد الوديعة
- ٨ - المهل في عقد الوديعة .
- ٩ - الأشياء التي يجوز إيداعها .
- ١٠ - السبب في عقد الوديعة .
- إثبات عقد الوديعة .
- ١١ - أولاً : فيما بين المتعاقدين .
- (أ) - إذا كانت الوديعة عقدا مدنيا .
- (ب) - إذا كانت الوديعة عقدا تجاريا .
- ١٢ - هل تسرى قواعد الإثبات السابقة في المسائل الجنائية ؟
- ١٣ - ثانياً : بالنسبة للغير .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٣٠

موضوع رقم (٣)

(شروط صحة عقد الوديعة)

(الأهلية و عيوب الرضا)

أولاً : الأهلية في عقد الوديعة

١٤- (أ) - أهلية المودع .

١٥- أهلية الوديع .

١٥ مكرراً - عيوب الرضاء في عقد الوديعة .

الالتزامات الناشئة عن عقد الوديعة

٣٤

موضوع رقم (٤)

التزامات الوديع

١٦- تعداد .

الالتزام الأول

تحلیم الشيء المودع

١٧- النص القانوني .

١٨- مضمون الالتزام .

١٩ - جزاء الإخلال بالالتزام بالتسليم .

الالتزام الثاني

(حفظ الشيء المودع)

٢٠- حفظ الشيء هو الالتزام الجوهري في عقد الوديعة .

٢١- الالتزام بحفظ الوديعة التزام يئذل عناية .

٢٢- (أ) - الوديعة غير المأجورة .

٢٣- (ب) - الوديعة المأجورة .

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ٢٤- أمثلة للعناية الواجبة على الوديع في الوديعة المأجورة والوديعة غير المأجورة .
- ٢٥- تعدد المودع عندهم .
- ٢٦- عدم مسئولية الوديع عن السبب الأجنبي .
- ٢٧- الاتفاق على تعديل المسئولية.
- ٢٨- عدم استعمال الوديع الشيء المودع.
- ٢٩- جزاء مخالفة عدم الاستعمال .
- ٣٠- إحلال الوديع شخصا آخر محله .
- ٣١- جزاء مخالفة الالتزام .
- (الالتزام الثالث)
- (رد الشيء المودع)
- ٣٢- النص القانوني .
- ٣٣- وجوب رد الشيء المودع بعينه .
- ٣٤- رد ثمار الشيء المودع .
- ٣٥- احتساب الفوائد .
- ٣٦- احتساب الفوائد عند التصريح باستعمال الوديعة .
- ٣٧- تقوم الوديعة عند العجز عن الرد .
- ٣٨- سرقة الوديعة .
- ٣٩- تصرف المودع في الوديعة .
- ٤٠- تصرف وارث الوديع بحسن نية في الوديعة .
- ٤١- لمن ترد الوديعة ؟
- ٤٢- هل يجوز رد الوديعة لئالب المودع ؟
- ٤٣- تغير أهلية المودع قبل الرد .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٤٤-	اشتراط المودع رد الوديعة إلى شخص من الغير .	
٤٥-	رد الوديعة في حالة وفاة المودع .	
٤٦-	وقت الرد .	
٤٧-	مكان الرد .	
٤٨-	مصاريف الرد .	
٤٩-	مواد الرد المشروعة .	
١-	حجز ما للمدين لدى الغير .	
٢-	اعتراض الغير على الرد .	
٣-	حق الحبس .	
٥٠-	موانع غير مشروعة للرد .	
١-	الاحتجاج بالمقاصة .	
٢-	عدم رد إيصال الأمانة .	
	جزاء الإخلال بالتزام الرد .	
٥١-	(أ) - جزاء مدني .	
١-	دعوى الاسترداد .	
٢-	دعوى الاسترداد العينية (دعوى الملكية) .	
٣-	دعوى التعويض .	
٥٢-	(ب) - جزاء جنائي .	

رقم الصفحة

٨٩

الموضوع

رقم البند

موضوع رقم (٥)

(التزامات المودع)
(الالتزام الأول)
(دفع الأجر إلى الوديع)

- ٥٣- النص القانوني .
٥٤- حالة عدم الاتفاق على أجر .
٥٥- حالة الاتفاق على أجر .
٥٦- هل يلزم المالك الحقيقي بدفع الأجر ؟
٥٧- وقت الوفاء بالأجر .

(الالتزام الثاني)
(رد المصروفات إلى الوديع)

- ٥٨- النص القانوني .
٥٩- المصروفات التي ترد إلى الوديع .
٦٠- سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية .
٦١- حالة تعدد المودعين .

(الالتزام الثالث)
(التعويض عن الضرر)

- ٦٢- حق الوديع في التعويض عما يصيبه من ضرر .
٦٣- حالة تعدد المودعين .
٦٤- ضمانات الوديع .
١- حق الحبس .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢- حق الامتياز .

٩٩

موضوع رقم (٦)

(انتهاء الوديعة)

٦٥- تعداد .

٦٦- أسباب انتهاء الوديعة .

١- انقضاء الأجل .

٢- رجوع أحد المتعاقدين عن الوديعة قبل انقضاء الأجل .

٣- موت الوديع .

٤- هلاك الوديعة بقوة قاهرة أو حادث فحائي .

٦٧- سقوط الحق في الوديعة بالتقادم .

١٠٤

موضوع رقم (٧)

(بعض أنواع الوديعة)

(النوع الأول)

الوديعة الشاذة (الناقصة) (Dépôt irrégulier) .

٦٨- تمهيد .

٦٩- تعريف الوديعة الشاذة (الناقصة) .

٧٠- جواز أن تكون وديعة النقود والأشياء الأخرى

القابلة للاستهلاك وديعة عادية .

٧١- آثار اعتبار الوديعة وديعة ناقصة .

١- جواز الاحتجاج بالمقاصة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢- سريان الفوائد من تاريخ المطالبة القضائية .

٣- تحديد أجل للرد .

٤- انتفاء جريمة خيانة الأمانة .

٥- تبعة هلاك الشيء المودع .

(النوع الثاني)

(الوديعة الاضطرارية)

(Dépôt nécessaire)

٧٢- تعريف الوديعة الاضطرارية .

٧٣- شرط الوديعة الاضطرارية .

٧٤- هل يشترط أن يكون الخطر غير متوقع ؟

٧٥- أحكام الوديعة الاضطرارية .

١- إثبات الوديعة .

٢- الأجر في الوديعة .

٣- مسؤولية الوديع .

٤- عدم جواز الاتفاق على إعفاء الوديع من المسؤولية أو

على تخفيف المسؤولية عنه .

(النوع الثالث)

(الوديعة في الفنادق والحانات وما مائلها)

(Dépôt d'hôtellerie)

٧٦- النصوص القانونية .

٧٧- وديعة الفنادق والحانات وما مائلها من قبيل الوديعة

الاضطرارية .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
	نطاق الوديعة في الفنادق والخانات وما مائلها .	
٧٨- (أ)	المودع عندهم .	
٧٩- (ب)	الأشياء المودعة .	
٨٠- (ج)	كيفية انعقاد الوديعة .	
٨١-	إثبات الوديعة .	
	مسئولية الوديع عن الوديعة .	
٨٢- (أ)	نطاق مسؤولية الوديع .	
٨٣- (ب)	تخلص الوديع من المسؤولية .	
٨٤- (ج)	تحديد قيمة التعويض عن النقود والأوراق المالية والأشياء الثمينة .	
٨٥- (ج)	سقوط حق المسافر قبل صاحب الفندق أو الخان .	
٨٦- (هـ)	الاتفاق على تشديد مسؤولية الوديع .	
٨٧- (و)	هل يجوز الاتفاق على الإعفاء أو التخفيف من مسؤولية الوديع ؟	
٨٨- (ز)	عقوبة تبديد الوديعة .	

(العقد الثاني) (عقد العارية)

١٤٥

موضوع رقم (١)

التنظيم التشريعي لعقد العارية - تعريف عقد
العارية. خصائص عقد العارية - تمييز عقد العارية
عما يلتبس به من العقود الأخرى

- ٨٩- التنظيم التشريعي لعقد العارية .
- ٩٠- تعريف عقد العارية .
- ٩١- خصائص عقد العارية .
- ١- العارية عقد رضائي .
- ٢- العارية عقد ملزم للجانين .
- ٣- العارية من عقود التعرّع .
- ٤- عقد الهبة يخول المستعير استعمال الشيء لا استغلاله .
- ٩٢- تمييز عقد العارية عما يلتبس به من العقود الأخرى .
- ١- العارية والإيجار .
- ٢- العارية والهبة .
- ٣- العارية والوديعة .
- ٤- العارية والقرض .

رقم الصفحة

١٥٥

الموضوع

رقم البند

موضوع رقم (٩)

أركان عقد العارية

٩٣- تعداد .

(أولاً : شروط الانعقاد)

٩٤- إحالة إلى القواعد العامة .

٩٥- من يملك الإعارة ؟

٩٦- إعارة ملك الغير .

٩٧- إعارة الشيء المسروق .

(ثانيا : المحل والسبب)

(أ) - المحل .

٩٨- إحالة إلى القواعد العامة .

٩٩- يشترط أن يكون الشيء المعار غير قابل للاستهلاك .

١٠٠- الأشياء التي تجوز إعارتها .

(ب) - السبب .

١٠١- إحالة إلى القواعد العامة .

١٠٢- إثبات العارية .

ثالثاً : شروط الصحة

(الأهلية وعيوب الرضاء)

(أ) - الأهلية .

١٠٣- أهلية المعير .

١٠٤- أهلية المستعير .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

١٠٥ - (ب) - عيوب الإرادة .

(آثار العارية)

١٦٥

موضوع رقم (١٠)

(التزامات المغير)

١٠٦ - تعداد .

(الالتزام الأول)

(تسليم الشيء المعار إلى المستعير)

١٠٧ - النص القانوني .

١٠٨ - مضمون الالتزام بالتسليم .

١٠٩ - إعسار المستعير قبل التسليم .

١١٠ - هلاك الشيء المعار .

١١١ - ترك الشيء المعار للمستعير طوال مدة العارية .

(الالتزام الثاني)

(رد المصروفات إلى المستعير)

١١٢ - النص القانوني .

١١٣ - المصروفات الضرورية .

١١٤ - المصروفات النافعة .

١١٥ - المصروفات الكمالية .

١١٦ - ضمانات الوفاء بالمصروفات الضرورية والنافعة .

١ - حق الحبس .

٢ - حق الامتياز .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

(الالتزام الثالث)

(ضمان الاستحقاق والعيوب الخفية)

١١٧- النص القانوني .

(أ) - ضمان استحقاق الشيء المعار .

١١٨- القاعدة أن المعير لا يضمن استحقاق الشيء المعار .

١١٩- حالتان يضمن فيهما المعير استحقاق الشيء المعار .

(ب)- ضمان العيوب الخفية .

١٢٠- القاعدة عدم ضمان المعير العيوب الخفية في الشيء

المعار .

١٢١- حالتان يضمن فيهما المعير العيوب الخفية .

١٢٢- هل يجوز للمستعير استعمال الحق في الحبس عند

عدم الوفاء بالتعويض ؟

١٨٢

موضوع رقم (١١)

(التزامات المستعير)

(الالتزام الأول)

(استعمال الشيء المعار على الوجه المعين وبالقدر المحدد)

١٢٣- النصوص القانونية .

١٢٤- كيفية استعمال الشيء المعار .

١٢٥- نفقات الصيانة .

١٢٦- نفقات استعمال الشيء المعار .

١٢٧- عدم جواز النزول عن استعمال الشيء المعار للغير .

رقم الصفحة

رقم البند الموضوع
الالتزام الثانى
(المحافظة على الشئ المعار)

- ١٢٨ - النص القانونى .
١٢٩ - التزام المستعير فى المحافظة على الشئ المعار التزام
ببذل عناية .
١٣٠ - المسئولية فى حالة القوة القاهرة .
١٣١ - تعديل مسئولية المستعير .
الالتزام الثالث
(رد الشئ المعار)
١٣٢ - النص القانونى .
١٣٣ - الشئ الذى يرد .
١٣٤ - مكان الرد .
١٣٥ - زمان الرد .
١٣٦ - مصاريف الرد .

١٩٧

موضوع رقم (١٢)

- (انتهاء العارية)
١٣٧ - النصوص القانونية .
أسباب انتهاء العارية
١٣٨ - تعداد .
(السبب الأول)
(انقضاء أجل العارية)
١٣٩ - كيفية انقضاء أجل الوديعة .

رقم البند الموضوع رقم الصفحة

١٤٠- يجوز للمستعير رد الشيء المعار قبل انتهاء العارية .

(السبب الثاني)

(سقوط الأجل وفسخ العارية)

(أ) - سبب يرجع إلى المعير .

١٤١- الحاجة العاجلة للمعير .

(ب) - أسباب ترجع إلى المستعير .

١٤٢- (أ)- إساءة المستعير استعمال الشيء أو التقصير في

الاحتياط الواجب للمحافظة عليه .

١٤٣- (٢)- إعمار المستعير بعد انعقاد العارية.

١٤٤- (٣)- موت المستعير .

(أسباب أخرى لانتهاء العارية طبقا للقواعد العامة)

١٤٥- (١)- تحقق الشرط الفاسخ .

١٤٦- (٢)- استحقاق العارية .

١٤٧- (٣)- اتحاد النعمة .

١٤٨- هل تنتهى العارية ببيع الشيء المعار ؟

رقم الصفحة

رقم البند

الموضوع
(العقد الثالث)
(عقد القرض)

٢١٣

موضوع رقم (١٣)

التنظيم التشريعي لعقد القرض - تعريف عقد القرض -
خصائص عقد القرض - تمييز عقد القرض عما يشبهه به
من العقود .

١٤٩ - التنظيم التشريعي لعقد القرض .

١٥٠ - تعريف عقد القرض .

١٥١ - خصائص عقد القرض .

١٥٢ - تمييز عقد القرض عما يشبهه به من العقود .

٢٢٧

موضوع رقم (١٤)

(أركان عقد القرض)

١٥٣ - تملاد .

أولاً : التراضي في عقد القرض

١٥٤ - توافق الإيجاب والقبول .

١٥٥ - صور مختلفة لعقد القرض .

١٥٦ - حكم إقراض مال الغير .

ثانياً : المحل والسبب

(أ) - المحل .

١٥٧ - إحالة إلى القواعد العامة .

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ١٥٨- المسألة الأولى : الشروط الخاصة الواجب توافرها في الشيء محل عقد القرض .
- ١٥٩- المسألة الثانية : فوائد القرض .
- ١٦٠- صور الفائدة .
- ١٦١- سعر الفائدة .
- ١٦٢- أثر تجاوز سعر الفائدة .
- ١٦٣- استثناء قروض البنوك من الحد الأقصى للفائدة .
- ١٦٤- عدم جواز تقاضى فوائد على متحمل الفوائد .
- ١٦٥- استحقاق الفوائد التأخيرية ولو لم يتفق على فائدة للقرض .
- ١٦٦- استحقاق تعويض تكميلي طبقا للقواعد العامة .
- (ب) - السبب .
- ١٦٧- السبب هو الباعث الدافع إلى التعاقد .
- ١٦٨- إثبات عقد القرض .
- ثالثا : شروط الصحة
- (الأهلية وعيوب الرضا)
- (أ) - الأهلية .
- ١٦٩- أهلية المقرض .
- ١٧٠- (٢) - أهلية المقرض .
- (ب) - عيوب الإرادة .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم المند

١٧١ - تطبيق القواعد العامة .

(آثار القرض)

٢٧٥

موضوع رقم (١٥)

(التزامات المقرض)

(الالتزام الأول)

(تسليم النقود أو الشيء المقرض)

١٧٢ - مضمون الالتزام بالتسليم .

١٧٣ - تبعة هلاك الشيء المقرض .

(الالتزام الثاني)

(نقل ملكية النقود أو الشيء المقرض)

١٧٤ - مضمون الالتزام .

١٧٥ - التزام المقرض بألا يطالب برد المثل إلا عند انتهاء

العقد .

(الالتزام الثالث)

(ضمان الاستحقاق)

١٧٦ - النص القانوني .

النوع الأول من الضمان .

ضمان الاستحقاق إذا كان القرض بأجر .

١٧٧ - تطبيق أحكام استحقاق المبيع .

- رقم البند الموضوع رقم الصفحة
- ١٧٨- أولاً : الاستحقاق الكلى فى عقد البيع .
- ١٧٩- مدى التزام البائع فى حالة استحقاق المبيع .
- ١٨٠- حق المشتري فى فسخ البيع وفى إبطاله .
- ١٨١- هل يشترط لاستحقاق التعويض أن يكون المشتري حسن النية ؟
- ١٨٢- ثانياً : الاستحقاق الجزئى فى عقد البيع .
- ١٨٣- قابلية الالتزام بضمان الاستحقاق للتقسام .
- ١٨٤- رد البائع ما أداه المشتري للمتعرض .
- الاتفاق على تعديل أحكام ضمان الاستحقاق
- ١٨٤- مكرراً- النصوص القانونية .
- ١٨٥- الضمان لا يتعلق بالنظام العام .
- ١٨٦- حالات الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .
- ١- الاتفاق على زيادة الضمان .
- ٢- الاتفاق على إنقاص الضمان .
- ٣- الاتفاق على إسقاط الضمان .
- ١٨٧- تقادم دعوى ضمان الاستحقاق .
- النوع الثانى من الضمان .
- ضمان الاستحقاق إذا كان القرض بدون أجر .
- ١٨٧ مكرراً- سريان أحكام العارية .
- (الالتزام الرابع)
- (ضمان العيوب الخفية)

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
١٨٨-	الصلة بين أحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في عقد البيع وبين ضمان العيوب الخفية في عقد القرض .	

(أولاً)

**أحكام ضمان العيوب الخفية
المنصوص عليها في عقد البيع**

- ١٨٩- المقصود بالعيب الخفى .
- ١٩٠- يوع لا ضمان فيها للعيب الخفى .
- ١٩١- وجوب مبادرة المشتري إلى فحص المبيع وإخطار البائع بالعيب .
- ١٩٢- أحكام ضمان العيوب الخفية في عقد البيع .
- ١٩٣- تقادم دعوى ضمان العيب الخفى .
- ١٩٤- الاتفاق على تعديل أحكام الضمان .
- ١٩٥- ضمان البائع صلاحية المبيع للعمل مدة معلومة .
- ١٩٦- إحالة إلى مولفات عقد البيع في بيان باقى أحكام ضمان العيوب الخفية .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

(ثانياً)

**أحكام ضمان العيوب الخفية المنصوص عليها في
عقد القرض**

١٩٧- النص القانوني .

١٩٨- (أ)- ضمان العيوب الخفية في القرض بأجر .

١٩٩- (ب)- ضمان العيوب الخفية في القرض بدون

أجر.

٢٠٠- أحكام أخرى تسرى على ضمان العيوب الخفية

في عقد القرض .

٣٥٦

موضوع رقم (١٦)

(التزامات المقرض)

(الالتزام الأول)

(تحمل مصاريف القرض)

٢٠١- المقصود بمصاريف القرض .

(الالتزام الثاني)

(الالتزام ببلغ الفوائد)

٢٠٢- النص القانوني .

٢٠٣- خطة البحث .

٢٠٤- (١)- المدة التي تلغ عنها الفوائد .

٢٠٥- (٢)- زمان دفع الفوائد .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٠٦ - (٣)	مكان دفع الفوائد .	
٢٠٧ - (٤)	الجزاء المترتب على عدم دفع الفوائد .	
٢٠٨ - (٥)	استرداد غير المستحق من الفوائد المدفوعة .	
	(الالتزام الثالث)	
	(الالتزام برد المثل)	
٢٠٩ -	النص القانوني .	
٢١٠ -	المقصود برد المثل .	
٢١١ -	الاتفاق على رد نوع آخر .	
٢١٢ -	من يحصل الرد ؟	
٢١٣ -	لمن يحصل الرد ؟	
٢١٤ -	ميعاد الرد .	
٢١٥ -	مكان الرد .	
٢١٦ -	مصاريف الرد .	
٢١٧ -	جزاء عدم الرد .	
٢١٨ -	استحالة الرد .	

٣٧٠

موضوع رقم (١٧)

(انتهاء القرض)

- ٢١٩ - تعداد .
- ٢٢٠ - السبب الأول : انتهاء الأجل المحدد للقرض .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٢١-	السبب الثاني : الإنذار برد القرض .	
٢٢٢-	حالة عدم وجود اتفاق على أجل لانتفاء القرض .	

(العقد الرابع) (عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المترتبة الدائمة)

٣٨١

موضوع رقم (١٨)

التنظيم التشريعي للدخل الدائم - تعريف الدخل
الدائم. صور الدخل الدائم - شكل عقد الدخل الدائم.
إثبات الدخل الدائم

٢٢٣- التنظيم التشريعي لعقد الدخل الدائم .

٢٢٤- تعريف الدخل الدائم .

٢٢٥- مصدر الدخل الدائم .

٢٢٦- صور الدخل الدائم .

٢٢٧- شكل عقد الدخل الدائم .

٢٢٨- إثبات الدخل الدائم .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٣٨٩

موضوع رقم (١٩)

(التزام المدين بدفع الدخل الدائم)

- ٢٢٩- أداء الدخل من المدين أو ورثته من بعده .
- ٢٣٠- أداء الدخل إلى الدائن أو ورثته من بعده .
- ٢٣١- اشتراط ألا يزيد الدخل على الحد الأقصى للفائدة.
- ٢٣٢- زمان دفع الدخل .
- ٢٣٣- مكان دفع الدخل .
- ٢٣٤- مصروفات عقد الدخل .
- ٢٣٥- إجبار المدين على دفع الدخل .
- ٢٣٦- انقضاء عقد الدخل .

٣٩٤

موضوع رقم (٢٠)

(استبدال الدخل الدائم)

- أولاً : الاستبدال بإرادة المدين .
- ٢٣٧- النص القانوني .
- ٢٣٨- قابلية الدخل الدائم للاستبدال في أى وقت .
- ٢٣٩- بطلان الاتفاق على عدم قابلية الدخل الدائم للاستبدال .
- ٢٤٠- شرطا استعمال حق المدين في الاستبدال .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

ثانياً : الاستبدال جبراً على المدين .

٢٤١- النص القانوني .

٢٤٢- حالات الاستبدال جبراً على المدين .

الحالة الأولى : إذا لم يدفع المدين الدخل ستين متواليين رغم إنذاره .

الحالة الثانية : تقصير المدين في تقديم التأمينات أو انعدام التأمينات .

الحالة الثالثة : إفلاس المدين أو إعساره .

كيفية الاستبدال .

٢٤٣- النص القانوني .

٢٤٤- حالة ترتيب الدخل مقابل مبلغ مقدر من النقود .

٢٤٥- حالة ترتيب الدخل في مقابل نقود غير مقدرة أو في مقابل غير النقود .

(العقد الخامس)

(عقد المرتب مدى الحياة)

موضوع رقم (٢١)

٤٠٨

(أحكام عقد المرتب مدى الحياة)

٢٤٦- تعريف المرتب مدى الحياة .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٤٧-	أوجه الشبه بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم.	
٢٤٨-	أوجه الخلاف بين المرتب مدى الحياة وبين الدخل الدائم .	
٢٤٩-	طبيعة المرتب مدى الحياة .	
١-	المعاوضات .	
٢-	التبرعات .	
٣-	الواقعة المادية .	
٢٥٠-	المرتب مدى الحياة من التصرفات الاحتمالية .	
	تطبيقات لاعتبار المرتب مدى الحياة عقدا احتماليا .	
٢٥١-	(أ) - مرتب قرر مدة حياة شخص وجد ميتا .	
٢٥٢-	(ب) - تأقيت المرتب .	
٢٥٣-	شكل العقد .	
٢٥٤-	نوع المرتبات .	
٢٥٥-	من الذى يتقرر المرتب مدى حياته ؟	
٢٥٦-	كيفية أداء أقساط المرتب .	
٢٥٧-	المرتب غير قابل للاستبدال .	
٢٥٧-	مكررا- الأصل قابلية المرتب للحجز والتحويل .	
٢٥٨-	سقوط المرتب وأقساطه بالتقادم .	

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

**جزاء الإخلال بالتزام
الدين بأداء المرتب**

٢٥٩ - النص القانوني .

٢٦٠ - (أ) - التنفيذ العيني .

٢٦١ - (ب) - فسخ العقد .

٢٦٢ - انقضاء عقد المرتب مدى الحياة .

(العقدان السادس والسابع)

(عقد المقامرة وعقد الرهان)

٤٣٥

موضوع رقم (٢٢)

التنظيم التشريعي للمقامرة والرهان - تعريف

المقامرة والرهان - أوجه الشبه والاختلاف بين عقدي

المقامرة والرهان - خصائص عقود المقامرة والرهان

٢٦٣ - التنظيم التشريعي للمقامرة والرهان .

٢٦٤ - تعريف المقامرة والرهان .

٢٦٥ - أوجه الشبه والاختلاف بين عقدي المقامرة

والرهان .

٢٦٦ - خصائص عقد المقامرة والرهان .

رقم الصفحة

٢٤٢

الموضوع

رقم البند

موضوع رقم (٢٣)

(أحكام المقامرة والرهان)

٢٦٧- بطلان المقامرة والرهان .

٢٦٨- إثبات المقامرة والرهان .

٢٦٩- بطلان الصلح والتحكيم على دين المقامرة والرهان.

٢٧٠- آثار البطلان .

٢٧١- دعوى الاسترداد .

٢٧٢- تقادم دعوى الاسترداد .

٢٧٣- القرض للمقامرة أو الرهان .

٤٤٩

موضوع رقم (٢٤)

(الجزاء الجنائي على المقامرة والرهان)

(في قانون العقوبات)

٢٧٤- النصوص القانونية .

٢٧٥- الجريمة الأولى :

الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٣٥٢ عقوبات .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٧٦ -	عقوبة الجريمة .	
٢٧٧ -	الجريمة الثانية .	
	الجريمة المنصوص عليها بالمادة ٣٥٣ عقوبات .	

٤٦٠

موضوع رقم (٢٥)

(أحكام المقامرة والرهان فى القانون رقم ٢٧١ لسنة ١٩٥٦ (المعدل) فى شأن المحال العامة)

- ٢٧٨ - النصوص القانونية .
- ٢٧٩ - المقصود بأعمال القمار .
- ٢٨٠ - المقصود بالمحل العام .
- ٢٨١ - لا تأثيم للعب القمار فى الطريق العام .
- ٢٨٢ - جواز أن يكون الربح شيئاً آخر غير النقود وعدم اشتراط قبض الربح .
- الجرائم المعاقب عليها .
- ٢٨٣ - الجريمة الأولى .
- لعب القمار أو مزاولة أية لعبة من الألعاب ذات الخطر على مصالح الجمهور والتي يصدر بتعيينها قرار من وزير الداخلية .
- ٢٨٤ - عقوبة الجريمة .
- ٢٨٥ - الاشتراك فى جريمة لعب القمار بمحل عام .

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

٢٨٦- الجريمة الثانية .

ترك مستغل المحل ومديره والمشرف على أعمال فيه أى شخص يمارس لعب القمار .

٢٨٦ مكررا - عقوبة الجريمة .

٢٨٧- عقوبة المقامر طبقا للمرسوم بقانون رقم ٩٨ لسنة ١٩٤٥ (المعدل) بشأن المتشردين والمشتبه فيهم .

٤٨٨

موضوع رقم (٢٦)

(استثناءات من تعريم المقامرة والرهان)

(الاستثناء الأول)

(الرهان الذى يعقده فيما بينهم المتبارون شخصا فى

(الألعاب الرياضية)

٢٨٨- النص القانونى .

٢٨٩- مضمون الاستثناء .

٢٩٠- وجوب أن يكون عقد الرهان بين المتبارين أنفسهم.

٢٩١- جواز تخفيض قيمة الرهان .

(الاستثناء الثانى)

(أوراق النصيب المرخص بها)

٢٩٢- الأصل أن أعمال النصيب من أعمال المقامرة.

٢٩٣- أعمال النصيب الجعانية .

رقم البند	الموضوع	رقم الصفحة
٢٩٤-	تنظيم أعمال اليانصيب بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٧٣ بنظام اليانصيب .	
٢٩٥-	مشروعية أعمال اليانصيب المرخص بهما من الناحية المدنية .	

(الاستثناء الثالث)

(المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة المرخص بها)	
٢٩٦-	التنظيم التشريعى للمراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب وأعمال الرياضة.
٢٩٧-	تحريم المراهنة على سباق الخيل ورمى الحمام وغيرهما من أنواع الألعاب .
٢٩٨-	جواز المراهنة بإذن خاص من وزير الشئون البلدية والقروية .
٢٩٩-	عدم مشروعية الرهان بإذن خاص من الناحية المدنية .
٣٠٠-	جرمة التراهن مستحدثة بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٤٧ .
٣٠١-	أركان جريمة الرهان .
(أ) الركن المادى .	

رقم الصفحة

الموضوع

رقم البند

١ - عرض الرهان .

٢ - إعطاء الرهان .

٣ - تلقى الرهان .

٤ - استعمال الرهان .

(ب) - الركن المعنوى (القصد الجنائى) .

٣٠٢ - عقوبة الجريمة .

(الاستثناء الرابع)

(البيوع الآجلة فى البورصة)

٣٠٣ - النص القانونى .

٣٠٤ - المقصود بالعمليات الواردة بالمادة .

٣٠٥ - شروط صحة هذه العمليات .

ظهر للمؤلف عن دار محمود للنشر والتوزيع

- ١- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع
فى إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الأول (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٢- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى
إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الثانى (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٣- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى
إيجار وبيع الأماكن الخالية.
الجزء الثالث (الطبعة الخامسة عشرة)
- ٤- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى أجرة الأماكن
القديمة وما طرأ عليها من تخفيضات وزيادات.
الجزء الرابع (الطبعة الخامسة)
- ٥- موسوعة الفقه والقضاء والتشريع فى عقد
الإيجار فى التقنين المدنى الجديد.
الجزء الخامس (الطبعة السادسة)
- ٦- شرح قانون المبانى الجديد من الناحيتين الجنائية والمدنية
(الطبعة السادسة)

٧- الحراسة القضائية فى ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الرابعة)

٨- قسمة المال الشائع وأحكام دعوى الفرز والتجيب فقها وقضاء .

(الطبعة التاسعة)

٩- الحجز القضائى على المنقول فى ضوء الفقه والقضاء وطبقا للقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ .

(الطبعة الثانية)

١٠- الدفع فى قانون المرافعات فقها وقضاء .

(وطبقا للأحكام القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩)

(الطبعة الثالثة)

١١- التجريف والتبوير والبناء على الأرض الزراعية وقمائن الطوب .

(الطبعة السابعة)

١٢- التعليق على قانون الرسوم القضائية فى ضوء الفقه والقضاء .

(الطبعة الثانية)

١٣- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الأول .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٤- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الثانى .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٥- موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية - الكتاب الثالث .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٦ - موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية -
الكتاب الرابع .

(الطبعة الثالثة عشرة)

١٧ - موسوعة الفقه والقضاء فى الأحوال الشخصية -
الكتاب الخامس .

(الطبعة التاسعة)

١٨ - شرح القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المعدل بالقانون رقم ١٤
نسبة ٢٠٠١ .

(الطبعة السابعة)

١٩ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد -
المجلد الأول .
(الطبعة الأولى)

٢٠ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد -
المجلد الثانى .
(الطبعة الأولى)

٢١ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد -
المجلد الثالث .
(الطبعة الأولى)

٢٢ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون التجارة الجديد -
المجلد الرابع .
(الطبعة الأولى)

٢٣ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل .

المجلد الأول .
(الطبعة الثالثة)

٢٤ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد .

المجلد الثانى .
(الطبعة الثالثة)

٢٥ - موسوعة الفقه والقضاء فى قانون العمل الجديد .

المجلد الثالث .
(الطبعة الثالثة)

٢٦- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الاول : (عقد الهبة - عقد الصلح - عقد الوكالة) .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٧- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود للمدنية الصغيرة) .

المجلد الثانى : عقد الوديعة - عقد العارية - عقد

القرض - عقد الدخل الدائم أو الإيرادات المرتبة الدائمة -

عقد المربى مدى الحياة - عقد المقامرة - عقد الرهان .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

٢٨- موسوعة الفقه والقضاء فى شرح القانون المدنى

(العقود المدنية الصغيرة) .

المجلد الثالث : عقد المقالة .

(الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٤)

كتب نفدت

- ١ - أحكام الإيجار فى قانون الإصلاح الزراعى.
(الحائز على جائزة التأليف الزراعى)
(الطبعة العاشرة)
- ٢ - مشكلات الملكية والحيازة فى قانونى الزراعة والإصلاح الزراعى.
- ٣ - إيجار الأماكن المفروشة وتبادل الشقق.
- ٤ - ملحق بشرح التعديلات الجديدة فى إيجار الشقق المفروشة.
- ٥ - شرح التعديلات الجديدة فى قانون الإصلاح الزراعى.
- ٦ - انتقال الإيجار إلى ورثة المستأجر بعد صدور حكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٤ لسنة ١٧ قضائية (دستورية).
- ٧ - شرح قانون الأسلحة والذخائر.
- ٨ - جرائم التشرّد والاشتباه فقها وقضاء (الطبعة الثانية).
- ٩ - الطفل وحنان القانون (كتاب ثقافى للطفل)

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية

٢٠٠٣ / ٨٢٢٨

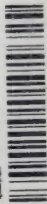
I. S. B. N الترقيم الدولي

977 - 5312 - 78 - 7



٢٣ ش رملى عابدين - ٢٩٢٥٢٣٦

Bibliotheca Alexandrina



1129952